Die Prioritätseinräumung nach gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zwecks

Erwerbung des Doktorgrades

bei der Juristen-Fakultät

der

Universität Erlangen.

Vorgelegt im Juni 1896

von

Karl Eickhoff

aus **Anröchte** (Westfalen).

Paderborn.

Druck von Ferdinand Schöningh.

1896.

Dem

Herrn Dr. Alfred Winckler

in Kempen (Rhein)

in Verehrung und Freundschaft

gewidmet

vom Verfasser.

§ 1. Einleitung.

Das moderne Hypothekenrecht gehört zu denjenigen Teilen des Privatrechts, welche ihre eigentliche Entwicklung erst der neuern Zeit verdanken. Seine Wurzeln ruhen in dem Boden des deutschen Rechts, seine Ausbildung durch die Jahrhunderte bis in die Gegenwart hinein ist weniger als sonst bei den Rechtsinstitutionen germanischen Ursprungs von römisch-rechtlichen Gedanken beeinflußt worden. Umgekehrt haben vielmehr in das in Deutschland recipierte römische Recht die Grundsätze des germanischen Pfandrechtes an Immobilien Eingang gefunden und sind so dem gemeinen Recht einverleibt worden, eine Erscheinung, die durch den überwiegend agrarischen Charakter des Deutschen Reiches im Gegensatz zu der im wesentlichen auf die Bedürfnisse des Welthandels zugeschnittenen Rechtsordnung der Römer hinreichend erklärt wird. Die weitere Entwicklung des Hypothekenrechts wurde dann mit der Entstehung der Einzelstaaten in partikularrechtliche Bahnen gelenkt, ein Rechtszustand, der auch heute noch in Geltung ist und erst durch das gegenwärtig seinem endlichen Abschlusse entgegengehende Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich zu einem Teile wenigstens beseitigt werden soll.

Wenn bei dieser Sachlage im folgenden eine Untersuchung der Prioritätseinräumung *nach gemeinem Recht* unternommen werden soll, so bedarf diese Auswahl des Rechtsgebietes einer besonderen Rechtfertigung. Man sollte meinen, daß es verlockender und zugleich auch lohnender sein müßte, eines der vorhandenen deutschen Partikularrechte zur Grundlage für die Untersuchung auszuwählen, da das Vorhandensein von paragraphierten Gesetzesbestimmungen die Untersuchung erleichtern und ihren Resultaten eine unbedingtere und allgemeinere Überzeugungskraft verbürgen müßte. Eine flüchtige Durchsicht der in Betracht kommenden Partikularrechte läßt jedoch bereits erkennen, daß diese Vorteile in ihnen keineswegs geboten

werden. Im allgemeinen beschränken sich die Gesetze — auf welche im einzelnen einzugehen hier noch nicht der Ort ist — auf einige Formvorschriften, sowie auf die ausdrückliche Feststellung des Grundsatzes, daß durch die Vorrangseinräumung seitens eines vorstehenden Hypothekengläubigers zu Gunsten eines nachstehenden die Rechte dritter Personen, insbesondere etwaiger Zwischengläubiger, nicht verletzt werden dürfen. Die Frage aber, welche naturgemäß den Hauptgegenstand unserer Untersuchung bilden muß, die Frage nämlich nach der rechtlichen Natur und den Wirkungen der Prioritätseinräumung, sie findet sich in keiner der Partikulargesetzgebungen beantwortet. Ihre Lösung bleibt der wissenschaftlichen Forschung vorbehalten, und für diese empfiehlt es sich, wenn der Geltungsbereich ihrer Resultate nicht auf ein vereinzeltes Rechtsgebiet beschränkt bleiben soll, von partikularrechtlichen Besonderheiten abzusehen, so lange wenigstens, als es sich um die Feststellung der juristischen Definition des Begriffes „Prioritätseinräumung" handelt. Diejenigen Principien des Hypothekenrechts, welche hierbei in Betracht gezogen werden müssen, sind allen modernen Gesetzgebungen gemeinsam. Deshalb wird der Wert einer auf das gemeine Recht basierten Untersuchung der Prioritätseinräumung nicht auf dieses Gebiet beschränkt bleiben, sondern auch für die deutschen Partikularrechte Geltung beanspruchen dürfen, sofern in ihnen nicht Bestimmungen enthalten sind, welche zu einer abweichenden Auffassung nötigen. Ob dies in einem oder dem anderen Falle dann zutrifft, läßt sich jedesmal leichter feststellen, als wenn von dem Boden eines Partikularrechts aus die Anwendbarkeit der diesem entnommenen Rechtssätze auf das gemeine oder ein anderes Partikularrecht beurteilt werden sollte. Aus diesen Gründen ziehen wir es vor, die Frage nach dem Wesen und den Wirkungen der Prioritätseinräumung vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus zu untersuchen. Daß wir uns aber ausschließlich auf letzteres beschränken könnten, geht schon mit Rücksicht auf die wertvolle Litteratur, welche insbesondere auf dem Gebiete des preußischen und österreichischen Rechts über unsere Frage vorhanden ist, nicht an. Sagt doch Exner in seiner Bearbeitung des österreichischen Hypothekenrechts (Bd. III des von v. Meibom herausgegebenen deutschen Hypothekenrechts) S. 483 Anmerkung, wie wir sehen werden, mit Recht, daß die gemeinrechtliche Litteratur in der vorliegenden Materie keine Stütze biete, da sie selbst bei dem Fehlen einschlägiger Quellenstellen erst von

den Partikularrechten aus zu einer bisher immer noch recht dürftigen Erörterung der betreffenden Einzelfragen angeregt sei und über die grundsätzliche Auffassung des ganzen Rechtsgeschäftes keine herrschende Ansicht bestehe. Um so weniger darf unter diesen Umständen auf eine Berücksichtigung der außergemeinrechtlichen Litteratur verzichtet werden.

Das Rechtsgeschäft, welches den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet, wird in der Theorie sowohl wie in der Praxis bald Prioritäts- bezw. Vorrangseinräumung, bald Prioritäts- bezw. Vorrangsabtretung oder -Cession, die Beteiligten häufig Prioritätscedent bezw. -Cessionar genannt. Wir entscheiden uns für den Ausdruck „Prioritätseinräumung", weil erstens das Wort „Priorität" allgemeiner gebräuchlich ist als die deutsche Bezeichnung „Vorrang" und weil zweitens das unjuristische Wort „Einräumung" nicht zu denjenigen Irrtümern in der Auffassung des Rechtsverhältnisses Veranlassung geben kann, welche der Ausdruck „Cession" oder „Abtretung", sowie die entsprechenden Personenbezeichnungen nahe legen. Wenn wir trotzdem im folgenden von „Prioritätscedent" und „Prioritätscessionar" sprechen werden, so sollen diese Bezeichnungen nur um ihrer verhältnismäßigen Kürze und ihrer bequemen Handlichkeit willen, also nur in unjuristischem Sinne gebraucht werden.

§ 2. Was ist der Gegenstand der Prioritätseinräumung?

Die Prioritätseinräumung ist erst in der neueren Zeit ein häufiges und gewöhnliches Rechtsgeschäft des Hypothekenverkehrs geworden. Erst seitdem die von alters her überkommene Starrheit der Rechtsverhältnisse an Immobilien sich gelöst und Grund und Boden, früher ein dem freien Geschäftsverkehr wenig ausgesetztes Vermögensobjekt, mehr und mehr in den Strudel des modernen Warenhandels hineingeraten ist, sehen wir auch die Prioritätseinräumung zu immer häufigerer Anwendung gelangen. Sie erfüllt in dem Immobiliarverkehr der Gegenwart hauptsächlich einen doppelten Zweck: einmal dient sie dem Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine neue Hypothek auf dasselbe aufnehmen will, dazu, den neuen Gläubiger, dem die durch den vorhandenen Hypothekenstand gewährte Sicherheit nicht ausreichend erscheint, zur Hingabe der Hypothekenvaluta überhaupt oder wenigstens zur Bewilligung milderer, für den Schuldner acceptabler Bedingungen für dieselbe zu bewegen. Der Hypotheken-

gläubiger, welcher in diesem Falle seine Priorität dem neuen Hypothekengläubiger einräumt, thut dies entweder gegen irgend eine Entschädigung seitens des Grundstückseigentümers, oder auch ohne besondere Gegenleistung, weil die Aufnahme der neuen Hypothek dem Grundstücke und dadurch mittelbar auch seiner Pfandforderung infolge nutzbringender Verwendung der aufgenommenen Kapitalien zu gute kommt, ja vielleicht dem Pfandschuldner seine Weiterexistenz und die fernere Erfüllung seiner hypothekarischen Pflichten erst ermöglicht. Zweitens aber dient die Prioritätseinräumung auch dazu, bei einer bevorstehenden Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks die Befriedigung eines Hypothekengläubigers herbeizuführen, der in der ihm vom Pfandschuldner eingeräumten Rangstellung befürchten muß, bei der Kaufgelderverteilung leer auszugehen. Um dies zu verhüten, läßt er sich von einem ihm vorgehenden Hypothekengläubiger, dem für seine Forderung vielleicht noch andere Sicherungsmittel zur Verfügung stehen, dessen Priorität einräumen. Das Rechtsgeschäft kann hier also ohne Mitwirkung und ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers vollzogen werden.

Wir lassen die Frage, ob die so verschiedenartigen Zwecken dienstbar gemachte Prioritätseinräumung in beiden oben unterschiedenen Fällen begrifflich dasselbe Rechtsgeschäft darstellt oder nicht, einstweilen auf sich beruhen. So viel steht fest und außer Zweifel, daß der Gegenstand, auf den in beiden Fällen die Einräumung sich bezieht, derselbe ist, mag es sich um die größere Sicherheit für eine neu aufzunehmende Hypothek oder um die Verhütung eines Ausfalls einer Pfandforderung bei der bevorstehenden Kaufgelderverteilung handeln. Nach der im Verkehr wie in der Wissenschaft allgemein üblichen Bezeichnung des Rechtsgeschäfts müßte man sagen, dieser Gegenstand sei die Priorität, der Vorrang der zurücktretenden Hypothek, und es wird auch wohl niemand bestreiten wollen, daß dies der Willensmeinung der Parteien, zwischen denen eine Prioritätseinräumung vereinbart wird, allein entsprechen würde. Trotzdem bildet diese Frage, was der eigentliche Gegenstand des uns beschäftigenden Rechtsgeschäftes sei, den Ausgangspunkt aller Meinungsverschiedenheiten über die rechtliche Natur der Prioritätseinräumung. Die Ansichten gehen hier so weit und so vielfach auseinander, daß es schwer hält, sie alle unter einem einheitlichen Gesichtspunkte zu gruppieren; der Faden, der uns in diesem Labyrinth der Meinungen den richtigen Weg weist, ist die

Frage, ob der Rang der zurücktretenden Hypothek auch für die juristische Betrachtung als Gegenstand der Prioritätseinräumung anerkannt wird oder nicht. Danach scheiden sich die vorhandenen Theorieen in grundsätzlicher und zugleich übersichtlicher Weise.

Der einer Hypothek anhaftende Rang bezeichnet und bestimmt deren Verhältnis zu den übrigen auf demselben Grundstück ruhenden Hypotheken. Nach ihm richtet sich erstens der Wert der Hypothek als eines Objektes für den Vermögensverkehr, z. B. als Verkaufs- oder Verpfändungsgegenstand, und zweitens hängt von ihm die Reihenfolge der Befriedigung ab im Falle der Zwangsversteigerung des Pfandobjektes. Der Rang *kann* aber auch drittens noch die Bedeutung haben, daß auf den durch ihn bezeichneten Wertsteil des Grundstückes die Pfandhaftung für die Hypothek überhaupt beschränkt werden soll, daß also jener Wertsteil gleichsam als die Specifikation der Leistung des Schuldners erscheint. Es kann, um dies an einem Beispiel zu erläutern, wenn an erster Stelle eine Hypothek von 10000 eingetragen ist, bei Aufnahme einer zweiten Hypothek von 1000 die dieser mit dem Grundstück zu gewährende Sicherheit auf das elfte 1000 der Erlösportion beschränkt werden mit der Wirkung, daß nur dieser Teil zur Deckung der zweiten Hypothek in Anspruch genommen werden kann, ein etwaiges Freiwerden der ersten Hypothekenstelle also ihr in keiner Beziehung zu gute kommt. Diese Bedeutung des Ranges entfällt, wenn die Pfandhaftung nicht auf einen festumgrenzten Teil des Grundstückes beschränkt, sondern auf das ganze Grundstück erstreckt wird. Dann dehnt sich, ähnlich wie beim Eigentumsrecht, das als die Fülle der Rechte an einer Sache bei jedem Wegfall einer Eigentumsbeschränkung sich sofort wieder zu seinem ursprünglichen Umfange ausdehnt, also die jener Beschränkung entsprechende positive Befugnis sofort wieder zurückerlangt, die Pfandhaftung von selbst immer wieder auf das ganze Grundstück aus, wenn es von anderweitigen Belastungen frei wird; die Befreiung kommt dann nicht dem Grundstückseigentümer, sondern dem Hypothekengläubiger zu gute, dessen unbeschränktes Pfandrecht dadurch nur seinem eigentlichen Wesen nach wieder zur Geltung gebracht wird. Es ist klar, daß hier zwei grundsätzlich verschiedene Rangsysteme gekennzeichnet sind. In dem ersten, auf der Festsetzung eines unveränderlichen Platzes für die Hypothek beruhenden System haben wir es mit der sogenannten Locustheorie, in dem zweiten mit dem System der ungeteilten Pfandhaftung

zu thun, welches dem gemeinen Rechte zu Grunde liegt. Die Locustheorie ist unter den modernen Hypothekenrechten nur in der mecklenburgischen Gesetzgebung anerkannt (vgl. v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 260, 262). Von ihrem Standpunkte aus muß gesagt werden, daß der Rang einen so wesentlichen Bestandteil der Hypothek ausmache, daß er von dieser nicht getrennt werden könne, ohne das Pfandrecht selbst auf das empfindlichste zu beeinflussen; denn der Rang bestimmt und begrenzt hier das der Hypothek haftende Pfandobjekt; wird er von dieser losgelöst, so geht ihr damit auch die Pfandsicherheit verloren. Anders dagegen bei dem System der ungeteilten Pfandhaftung. Hier kommen nur die beiden oben zuerst entwickelten Eigenschaften des Ranges in Betracht; er bestimmt einmal den gegenwärtigen Wert der Hypothek als eines Objektes für den Vermögensverkehr und zweitens die Reihenfolge der Befriedigung der mehreren vorhandenen Hypothekenforderungen bei der Zwangsversteigerung. Kann nun der Rang in dieser seiner Bedeutung als eine so wesentliche Eigenschaft der Hypothek anerkannt werden, daß er für die ganze Dauer ihres Bestandes unlösbar mit ihr verbunden bleiben müßte? An und für sich betrachtet, müßte man sagen: Wird der Rang von einer Hypothek losgelöst und auf eine andere übertragen, so verändern sich dadurch nur der gegenwärtige Handelswert der Hypothek und ihr Platz in der Reihenfolge der zukünftigen Befriedigung im Falle einer Zwangsvollstreckung, Wirkungen also, welche gewiß niemand als rechtlich unmöglich bezeichnen möchte, zumal sie ja auch eintreten, wenn infolge Wegfalls einer Vorhypothek die Nachhypothekenkraft des der ungeteilten Pfandhaftung eigentümlichen Princips des Aufrückens ihren Rang verändert. Trotzdem wird von der Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller die oben aufgeworfene Frage bejaht; der Rang soll eine unlösbare Qualität der Hypothekenforderung sein, er soll infolge dessen auch nicht zum Gegenstand des Rechtsgeschäftes der Prioritätseinräumung gemacht werden können, dies Rechtsgeschäft sei daher eigentlich, sofern es auf Übertragung des Ranges gerichtet sei, eine rechtliche Unmöglichkeit, man könne ihm höchstens auf Umwegen Geltung und praktischen Erfolg zu verschaffen suchen. So erklärt Windscheid, Pandekten I § 247: „Der einem Pfandrechte zustehende Rang kann ohne das Pfandrecht, welchem er zusteht, nicht erworben werden: er bildet eine von dem Pfandrechte unzertrennliche Qualität desselben.“ Dernburg, Pfandrecht II S. 475

bemerkt: „(Denn) der Rang eines Pfandrechts ist kein eigenes, selbständiges Recht, kein Gegenstand des commercium, sondern eben nur eine Eigenschaft, eine Qualität des Pfandrechts, die eine besondere Veräußerungsfähigkeit nicht besitzt." Paris, Die Lehre von der Prioritätsabtretung, führt aus (S. 6): „Die Priorität einer Hypothek ist nicht ein selbständiges Recht, über welches der Gläubiger, wie über die Hypothek selbst, verfügen könnte, sondern sie ist nur eine Eigenschaft der Hypothek, wenn auch eine sehr wichtige, da sie in Verbindung mit dem Wert des Grundstücks die Sicherheit bestimmt, welche das Pfand der Forderung gewährt, von ihr also der Wert des Pfandrechts selbst abhängt. Diese Eigenschaft ist aber von der Hypothek ganz untrennbar, sie kann nur mit dieser zugleich auf einen andern übertragen werden."

Diesen Ausführungen gegenüber ist zunächst zu betonen, daß sie nur Behauptungen, aber keinerlei Beweis für diese Behauptungen enthalten. Es wird immer nur gesagt, der Rang könne nicht ohne die Hypothek selbst, mit welcher er verbunden sei, übertragen werden; aber warum dies nicht möglich sein soll, erfahren wir nicht. Der Rang soll kein eigenes, selbständiges Recht, sondern nur eine Qualität, eine Eigenschaft der Hypothekenforderung sein. Das ist unbestreitbar; aber was für eine Eigenschaft ist er denn, daß er nicht von dem zugehörigen Pfandrecht soll gelöst werden können? Auch auf diese ganz unumgängliche Frage erhalten wir von den genannten Schriftstellern keine Antwort, wir müssen uns eben mit der Behauptung begnügen, der Rang sei eine von der Hypothek unzertrennliche Eigenschaft derselben. Diesem Satze können wir jedoch nach der vorausgeschickten Feststellung der Bedeutung des Ranges nicht beistimmen. Wir sahen, daß sich nach dem Range einer Hypothek einmal ihr gegenwärtiger Handelswert und dann ihr Platz in der Reihenfolge der Befriedigung bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung bestimmt. Das ist der ganze Inhalt dieser vielbesprochenen „Eigenschaft" der Hypothek, eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt dem Range im Bereich des Systems der ungeteilten Pfandhaftung nicht zu. Er hat also vorwiegend, wenn nicht ausschließlich, einen ökonomischen Wert, der gewiß für die Hypothek von hervorragendem Interesse sein muß, der aber durchaus nicht ein keinerlei Veränderungen unterliegender Faktor zu sein braucht. Es ist nicht abzusehen, warum es dem Inhaber einer Hypothek verwehrt sein soll, seine Zustimmung zu einer Herab-

minderung des gegenwärtigen Handelswertes seiner Forderung, sowie zu einer Verschlechterung seiner Stellung im Falle einer zukünftigen Zwangsversteigerung zu geben, und warum der durch diese Zustimmung Begünstigte nicht die seiner Hypothek dadurch erwachsenden Vorteile sollte acceptieren können. In dem Umstande also, daß der Rang eine Qualität des Hypothekenrechts ist, kann ein zwingender Grund für seine angebliche Unablösbarkeit von derselben nicht gefunden werden. Zur Unterstützung dieser Behauptung wird nun aber auch auf Quellenstellen hingewiesen, aus denen sich die Unmöglichkeit der Übertragung des Ranges von einer Hypothek auf eine andere ergeben soll. Mit diesen Stellen wollen wir uns jetzt näher beschäftigen. Es sind dies l. 12 pr. D. 20,6 quibus modis pignus, und l 12 § 4 D. 20,4 qui potiores in pignore. Die erste Stelle lautet:

> Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, etsi Respublica tertio loco crediderit.

Nach dem Ausspruche des Paulus soll also Sempronius, wenn er als älterer Gläubiger darein willigt, daß der Schuldner die ihm verpfändete Sache einem dritten Gläubiger verpfände, seines Pfandrechts verlustig gehen, nicht aber soll der dritte Gläubiger nun auch den Rang des Sempronius einnehmen, so daß vielmehr die Position des zwischen beiden stehenden Gläubigers sich verbessert habe. Der Schlußsatz kommt hier nicht in Betracht. Die zweite Stelle, l 12 § 4 D. 20, 4 lautet:

> (Marcianus libro singulari ad formulam hypothecam) Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit; pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, quum prior concessit creditor, alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur.

Wenn der Schuldner, sagt Marcian, mit Einwilligung des Hypothekengläubigers einem zweiten Gläubiger eine Hypothek (an demselben Grundstück natürlich) bestellt, dann geht der zweite dem

ersten vor. Ob aber, wenn der zweite Gläubiger befriedigt worden, dessen Hypothek also erloschen ist, ob dann das Pfandrecht des ersten Gläubigers von neuem in Kraft tritt, das ist zweifelhaft. Es wird, entscheidet der Jurist, auf die Lage des Falles ankommen, auf die zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen, ob nämlich der Sinn ihrer Abrede der war, daß der erste Gläubiger ganz auf sein Hypothekenrecht verzichten wollte, als er seine Zustimmung zur Weiterverpfändung der Pfandsache an den zweiten Gläubiger erteilte, oder ob nur eine Rangordnung zwischen ihnen konstituiert werden und der erste Gläubiger an die zweite Stelle zurücktreten sollte.

Beiden Stellen gemeinsam ist die zum Ausgangspunkte der juristischen Betrachtung genommene Einwilligung des ersten Hypothekengläubigers in die Weiterverpfändung der Pfandsache. Es wird untersucht, welche Rückwirkung dieselbe auf sein eigenes Recht ausübt, und zwar in der ersten Stelle, wenn außer ihm noch ein zweiter Hypothekengläubiger vorhanden ist, dessen Einwilligung in die Weiterverpfändung an den dritten Gläubiger nicht nachgesucht wurde, in der zweiten Stelle, wenn ein solcher Zwischengläubiger nicht vorhanden ist. Zunächst ist so viel klar, daß die hier gegebenen Entscheidungen nur auf den Fall der vom Schuldner nachgesuchten Einwilligung des Hypothekengläubigers in die Weiterverpfändung der Pfandsache bezogen werden können. An sich bedarf es ja einer solchen Zustimmung des Gläubigers nicht, da seine einmal begründeten Rechte durch spätere Dispositionen des Schuldners über die Pfandsache nicht beeinträchtigt werden können. Wenn sie nun aber trotzdem erteilt wird, so findet Paulus in ihr den Verzicht auf das Pfandrecht des ersten Hypothekengläubigers ausgesprochen, wodurch aber der neue Gläubiger nicht etwa unmittelbar begünstigt werde, indem er an die Stelle des Verzichtenden trete, sondern nur unmittelbar, nämlich dadurch, daß der Zwischengläubiger aufrückt. Marcianus dagegen will die Entscheidung darüber, welche Bedeutung der Zustimmungserklärung des ersten Gläubigers in die Weiterverpfändung der Pfandsache beizulegen sei, von den Intentionen der Parteien abhängig machen: sollte durch die Erklärung ein völliger Verzicht auf das Pfandrecht des ersten Gläubigers bewirkt werden, so ist dieser seines Hypothekenrechts allerdings verlustig gegangen, sollte aber durch die Erklärung nur dem neuen Hypothekengläubiger die Stelle vor dem alten eingeräumt werden, so behält es bei dieser beschränkten Wirkung des Rechtsgeschäftes sein Bewenden.

Aus dieser Entscheidung des Marcianus geht also das gerade Gegenteil dessen hervor, was man nach Ansicht der genannten gemeinrechtlichen Schriftsteller in ihr finden müßte. Nicht die Unzulässigkeit, sondern, die Zulässigkeit der Einräumung des Vorranges einer Hypothek wird von dem Juristen anerkannt, sofern nur dieser Erfolg von den Parteien gewollt ist. Paulus allerdings findet in der Zustimmungserklärung des Gläubigers schlechtweg einen Verzicht auf sein Pfandrecht. Man braucht in dieser von dem Ausspruch des Marcianus abweichenden Entscheidung keinen Widerspruch mit jenem zu sehen, sondern wie Paris a. a. O. S. 64 es thut, die Stelle des Paulus als Ergänzung der Ausführungen des Marcianus aufzufassen, nämlich für den Fall berechnet, wenn aus den Abmachungen der Parteien die eine oder die andere Willensmeinung nicht zu erkennen ist. Jedenfalls aber kann auch die Stelle des Paulus nur auf die Zustimmungserklärung des Gläubigers in die Weiterverpfändung der Pfandsache bezogen werden, also auf eine für dieses Rechtsgeschäft an sich nicht erforderliche Voraussetzung. Man kann aus ihr mit Rücksicht auf die für den Fall der Erkennbarkeit des Parteiwillens gegebene Entscheidung des Marcianus nicht den Schluß ziehen, daß nur auf den Rang einer Hypothek zu Gunsten einer nachfolgenden Forderung überhaupt nicht verzichtet werden könne, daß vielmehr ein solcher Verzicht auch gegen die Absicht der Parteien den Verlust des ganzen Pfandrechts nach sich ziehe. Und hierauf allein, auf den Nachweis, daß die absolute Unlösbarkeit des Ranges von der Hypothek in den Quellen, auch in dem Ausspruch des Paulus nicht begründet ist, kommt es uns an.

Es ist übrigens noch zu bemerken, daß beide Stellen sich offenbar auf diejenige Prioritätseinräumung beziehen, welche im Interesse des Grundstückseigentümers vorgenommen werden soll. Es liegt hier der von uns oben Seite 9 erörterte Fall vor, daß der Schuldner bei Aufnahme einer neuen Hypothek sich an den schon vorhandenen Hypothekengläubiger wendet, weniger, um dessen Zustimmung zu der beabsichtigten Weiterverpfändung des Grundstücks zu erlangen, als vielmehr, um ihn zum Verzicht auf sein besseres Pfandrecht gegenüber dem neuen Gläubiger zu bestimmen; denn zur Gültigkeit der Weiterverpfändung als solcher bedarf es der Zustimmung des ersten Hypothekengläubigers nicht. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, erscheint die Deutung, welche Vermehren in dem Aufsatz im Archiv

für die civilistische Praxis Bd. XIII S. 36 der l. 12 pr. D 20,6 giebt, recht plausibel. Er meint, Paulus sage hier mit Vorbedacht nicht: ius pignoris remisisse videri, sondern ius suum pignoris remisisse videri. Durch Hinzufügung des „suum" werde das pignus näher gekennzeichnet als das Pfandrecht, wie es gerade dem Gläubiger zusteht, als sein besonderes, vorzüglicheres Recht. Gegen die Deutung, als gebe der Gläubiger durch seine Erklärung sein Pfandercht überhaupt auf, habe der Jurist durch diesen kurzen Zusatz sich schützen wollen. „Eine solche Kürze", fügt Vermehren hinzu, „würde uns bei anderen überraschen; bei einem Paulus, der durch seine subtile und gedrängte Sprache berüchtigt ist, hat dieselbe nichts Auffallendes mehr." Mit dieser Erklärung würde auch der weitere Inhalt der Stelle, daß der neue Gläubiger nicht etwa an die Stelle des ersten trete, daß vielmehr die Lage des Zwischenhypothekars durch das Zurückweichen des ihm vorgehenden Pfandrechts sich vorteilhafter gestalte, durchaus zu vereinbaren sein. Indes unser Interesse an der Stelle des Paulus ist erschöpft mit der Feststellung, daß sie nur auf die von Marcianus nicht berücksichtigten Fälle bezogen werden kann, in denen nicht zu ersehen ist, welche Tragweite die Zustimmungserklärung des ersten Hypothekengläubigers in die Weiterverpfändung des Grundstücks nach dem Willen der Parteien haben soll, und daß, wenn dieser Wille nur auf die Aufgabe des Vorranges der schon bestehenden Hypothek gerichtet ist, seiner rechtlichen Anerkennung nichts im Wege steht.

Diesen Quellenstellen aus der klassischen Periode gesellt sich nun noch eine Konstitution des Kaisers Anastasius zu, welche das Festhalten der Behauptung, daß auf den bloßen Rang einer Hypothek, unbeschadet des Rechtes selbst, nicht verzichtet werden könne, zur Unmöglichkeit macht. Es ist dies l. 21 C. 4,29 ad Senatus consultum Velleianum, welche lautet:

> Iubemus, licere mulieribus et pro uno contractu vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis seu rebus iuri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renuntiare, quodque ita gestum sit hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri; ita tamen, ut, si generaliter tali renuntiatione pro uno, ut dictum est, contractu seu certis contractibus, vel ad unam vel certas res seu personas consensum proprium accommodantes usae sunt vel fuerint, eadem renuntiatio ad illos con-

tractus et illas res seu personas, quibus consensum proprium accommodaverunt vel accommodaverint coarctetur, ne aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieris consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam opponendi licentia praebeatur; his scilicet omnibus, quae in praesenti per hanc consultissimam legem statuimus ad praeteritos nihilominus contractus pro negotiis et controversiis, necdum transactionibus vel definitivis sententiis seu alio legitimo modo sopitis locum habituris.

Hier wird also ohne alle Umschweife der Frau die Befugnis zugesprochen, auf den Rang ihrer Legalhypotheken zu Gunsten nachstehender Gläubiger zu verzichten, und es soll diese Konstitution offenbar nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Rechtssatzes sein, daß das Rangverhältnis unter den Hypothekengläubigern kein unabänderliches ist, sondern ihrer freien Disposition unterliegt. Schlayer, der (in dem Aufsatz in dem Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49 S. 236 ff) sich von der Übertragbarkeit des Ranges schon nach klassischem, römischem Recht nicht überzeugen kann, sieht sich gegenüber der l. 21 l. c. genötigt anzuerkennen, daß die Zulässigkeit der Abtretung des Ranges nicht weiter bezweifelt werden könne, ja er fügt hinzu, daß diese Stelle offenbar die Zulässigkeit der Übertragung des bloßen Vorzugsrechts an Mitpfandgläubiger überhaupt, also auch für andere Personen als Ehefrauen hinsichtlich ihrer Legalhypotheken, voraussetze.

Bezüglich der von Paulus und Marcianus erörterten Frage, welche Rückwirkung die Einwilligung eines Hypothekengläubigers in die Weiterverpfändung der Pfandsache auf seine eigene Rechtsstellung ausübe, kommt Gesterding (Pfandrecht S. 338 Nr. 4) zu dem Resultat, daß nur in dubio, nach rechtlicher Vermutung, wenn also eine abweichende Parteiabsicht nicht nachweisbar ist, anzunehmen sei, der Pfandgläubiger habe sein Pfandrecht überhaupt aufgeben wollen. Die rechtliche Unmöglichkeit des bloßen Verzichts auf die Priorität erkennt also Gesterding für das römische Recht nicht an.

Auch das Reichsgericht hat in einer Entscheidung, in welcher es die Frage nach dem Wesen und den Rechtswirkungen der Prioritätseinräumung auf Grund des gemeinen Rechts einer Prüfung unterzieht, Gelegenheit genommen, sich über den Inhalt der hier behandelten Quellenstellen des näheren auszulassen. Es findet (Entscheidungen Bd. XII S. 203 ff) für die principielle Zulässigkeit der Übertragung

des Ranges einer Hypothek in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen keinerlei Hindernis gegeben und wendet sich alsdann (S. 212) den Quellen zu, um zu prüfen, ob die entgegengesetzte Ansicht in den Bestimmungen des römischen Rechts eine Stütze finde. „Paulus und Marcian," fährt es dann fort „beschäftigen sich in diesen Stellen nicht mit der hier zu entscheidenden Frage, sondern mit der Frage, welche Bedeutung die Zustimmung des Pfandgläubigers zu einer Weiterverpfändung der Sache hat. Während Marcian, nachdem er speciell hervorgehoben, daß jedenfalls der zweite Hypothekengläubiger dem ersten vorgehe, auf die Frage eingeht, ob unter allen Umständen in der Bewilligung einer weiteren Verpfändung der Pfandsache durch den Pfandgläubiger ein gänzliches Aufgeben des Pfandrechts gefunden werden dürfte, und diese dahin beantwortet, daß es um eine thatsächliche Frage sich handele, nämlich darum, was ausgemacht worden, ob der Pfandgläubiger bei Bewilligung der Verpfändung von seinem Pfandrechte ganz habe zurücktreten wollen, oder ob nur eine Veränderung der Reihenfolge beabsichtigt gewesen sei, läßt Paulus auf diese Frage sich nicht ein, sondern davon ausgehend, daß ein Verzicht auf das Pfandrecht angenommen werden müsse, beantwortet er die Frage, ob dieser Verzicht die Folge haben könne, daß nun derjenige, welchem die neue Hypothek bestellt worden, andern ältern Pfandgläubigern, die nicht eingewilligt haben, vorgehe. Unerfindlich ist es aber, wie aus dem Ausspruche des Paulus der Satz hergeleitet werden könnte, daß wohl auf das Pfandrecht selbst, nicht aber auf den demselben zustehenden Vorrang zu Gunsten nachstehender Pfandgläubiger verzichtet werden könne; und jedenfalls ergiebt sich aus dem Ausspruche des Marcian, daß ein solcher Verzicht auf den Vorrang keineswegs rechtsungültig war." Dann zur l. 21 C 4,29 übergehend, führt das Reichsgericht weiter aus, daß, wenn man in ihr auch keine Anerkennung der Gültigkeit der Vereinbarung zweier Hypothekengläubiger über die Abtretung des Vorranges der Hypothek finden wolle, doch daraus nichts für die bekämpfte Ansicht gefolgert werden könne, da es nicht einer ausdrücklichen Anerkennung der Zulässigkeit des Verzichts auf das Vorzugsrecht des vorgehenden Pfandgläubigers bedürfe, sondern eine positive Bestimmung der Unzulässigkeit eines solchen Verzichts notwendig sein würde, weil nach allgemeinen Rechtsnormen auf Vorrechte unbeschränkt verzichtet werden könne, ohne damit das Recht selbst aufzugeben.

Kehren wir nunmehr zu dem Ausgangspunkte dieses Paragraphen zurück, so können wir sagen, daß die natürliche Auffassung, welche als den Gegenstand des Rechtsgeschäfts der Prioritätseinräumung den Rang einer Hypothek betrachtet, auch vom juristischen Standpunkte aus acceptiert werden kann. Weder die rechtliche oder ökonomische Bedeutung des Ranges, noch der Inhalt der einschlägigen Quellenstellen sind geeignet, die Behauptung zu unterstützen, daß auf den bloßen Vorrang einer Hypothek nicht verzichtet werden könne und daß deshalb der Prioritätseinräumung, wenn auch auf künstlichem Wege, gegen die eigentliche Absicht der Parteien, ein anderer Gegenstand untergelegt werden müsse, wenn man nicht das ganze Rechtsgeschäft an der Klippe der juristischen Unmöglichkeit völlig scheitern lassen wolle. Welche Versuche im einzelnen gemacht werden, dieser angeblichen Schwierigkeiten Herr zu werden, das werden wir bei der zu gebenden Litteraturübersicht sehen. Hier sei mit Bezug auf die oben Seite 8 nur flüchtig aufgeworfene Frage, ob die Prioritätseinräumung in ihrer doppelten Bedeutung als ein Mittel des Eigentümers, einer zu kontrahierenden Hypothekenschuld eine größere Sicherheit zu verschaffen, und als Schutz des nachstehenden Pfandgläubigers gegen die Gefahr eines Verlustes bei der bevorstehenden Zwangsversteigerung, ob sie in dem einen oder dem anderen Falle ein und dasselbe Rechtsgeschäft sei, nur noch bemerkt, daß in beiden Fällen der Vorrang der ersten Hypothek den Gegenstand des Vertrages bildet, daß also insoweit eine Unterscheidung der beiden Fälle nicht erforderlich ist.

§ 3. Die rechtliche Natur der Prioritätseinräumung.

Auf der durch die voraufgegangene Untersuchung gewonnenen Grundlage fußend können wir nun dazu übergehen, die rechtliche Natur der Prioritätseinräumung zu bestimmen. Die Kardinalfrage, auf welche es hierbei ankommt, lautet dahin: Ist die Prioritätseinräumung ein Rechtsgeschäft mit dinglicher oder bloß obligatorischer Wirksamkeit? Wir folgen bei der Formulierung dieser Fragestellung dem Vorschlage Exners, welcher (in seinem Österreichischen Hypothekenrecht S. 488) empfiehlt, wenn der praktische Kern der vorliegenden Differenz heraustreten solle, dieselbe nicht dahin zu formulieren, ob die Rangabtretung ein dingliches oder ein obligatorisches Rechtsgeschäft sei, sondern ob sie eine absolut oder nur relativ wirkende rechtliche

Veränderung erzeuge. Mit diesem Gegensatz sollen dieselben Verschiedenheiten in der rechtlichen Auffassung gekennzeichnet sein, die wir durch die Worte „dinglich" und „obligatorisch" charakterisieren. Der Gegensatz besteht, was Paris in der Einleitung seiner Monographie über die Prioritätsabtretung des näheren ausführt, darin, daß durch eine dinglich wirksame Prioritätseinräumung dem Prioritätscessionar ein unmittelbares, von dem ferneren Wollen und Handeln des Prioritätscedenten gänzliches unabhängiges Recht verschafft wird, zu dessen Ausübung es dann auch keinerlei Mitwirkung des Prioritätscedenten mehr bedarf. Bei bloß obligatorisch wirkender Prioritätseinräumung dagegen erhält der Cessionar nur einen persönlichen Anspruch gegen den Cedenten auf Verschaffung derjenigen Vorteile, deren Übertragung der Zweck dieses Rechtsgeschäfts ist. Hier ist also der Cessionar auf das fernere vertragsmäßige Wollen und Handeln des Cedenten angewiesen, ohne dessen Mitwirkung kommt er nicht zu dem erstrebten Ziel. Es ist dies hier also derselbe Gegensatz, der im gesamten Vermögensrecht eine große Rolle spielt und der Unterscheidung des Sachen- vom Obligationenrecht zu Grunde liegt.

Soll nun dieser Gegensatz auf das hier zur Untersuchung stehende Rechtsgeschäft bezogen werden, so ergiebt sich in dem einen und dem anderen Falle die folgende Gestaltung desselben. Nimmt man dingliche Wirksamkeit der Prioritätseinräumung an, so hat der Cessionar schon durch den Abschluß derselben — ob das Rechtsgeschäft erst durch die Eintragung im Grundbuche oder auch ohne diese Formalität als abgeschlossen zu betrachten ist, interessiert einstweilen noch nicht — das Recht auf Befriedigung aus dem Pfanderlöse vor dem Cedenten erhalten, er kann dies Recht im gegebenen Zeitpunkte selbständig ausüben, der Cedent kann ihm dazu weder behilflich sein noch ihn daran verhindern, ebensowenig wie der frühere Eigentümer einer Sache ihrem Erwerber die selbständige Verfügung über dieselbe zu verschaffen oder zu verwehren in der Lage ist. Es ist hier also eine Veränderung der objektiven Rechtslage vor sich gegangen; es ist ein Teil des hypothekarischen Rechts des Prioritätscedenten auf den Cessionar übertragen worden. Bei einer bloß obligatorischen Wirksamkeit der Prioritätseinräumung dagegen bleibt äußerlich alles unverändert, die hypothekarischen Befugnisse des Cedenten werden in keiner Beziehung verkürzt, sondern er übernimmt dem Cessionar gegenüber nur die nach außen hin, für dritte weder erkennbare noch auch interessierende

Verpflichtung, sich bei der Verteilung des Pfanderlöses so zu verhalten, daß mit dem auf ihn entfallenden Teile desselben der Cessionar befriedigt wird. Letzterer kann also hier nichts weiter thun, als von seinem Kontrahenten verlangen, daß er sich seiner eingegangenen Verpflichtung gemäß verhalte, eine unmittelbare Einwirkung auf die Herbeiführung des durch die Prioritätseinräumung verfolgten Zweckes steht ihm nicht zu, ebenso wenig wie der Mieter einer Sache in den rechtmäßigen Besitz derselben anders als mit und durch den Willen ihres Eigentümers gelangen kann.

An sich wird man sagen können, daß sowohl die eine wie die andere Gestaltung des Rechtsverhältnisses von den Parteien beabsichtigt werden und daß, die rechtliche Zulässigkeit beider Auffassungen vorausgesetzt, die Prioritätseinräumung jenachdem den einen oder den andern Inhalt haben kann. Zunächst wollen wir jedoch uns der Feststellung derjenigen Punkte zuwenden, welche bei der juristischen Beurteilung der Prioritätseinräumung hauptsächlich in Betracht kommen.

Wenn ein vorstehender Hypothekengläubiger einem nachstehenden die Priorität einräumt, so erklärt er damit, ganz allgemein ausgedrückt, daß dieser ihm bei einem etwaigen Verteilungsverfahren in der Befriedigung vorgehen solle. Es ist nicht willkürlich, diese Erklärung auf den Fall der Hypothekenkollision im Zwangsverfahren zu beschränken. Denn wenn auch der Rang nicht bloß die Bedeutung hat, die Reihenfolge bei der Befriedigung der Pfandrechte im Zwangsverfahren zu bestimmen, sondern auch für den gegenwärtigen Handelswert der Hypotheken von Bedeutung ist, so kann hier doch nur die erste Eigenschaft in Betracht kommen. Verzichte müssen streng interpretiert werden, nach dem Grundsatze, daß von jedem anzunehmen ist, er habe von seinem Rechte so wenig wie möglich aufgeben wollen (Gesterding, Pfandrecht S. 338). Es geht deshalb nicht an, dem Prioritätscedenten zuzumuten, er habe nicht nur auf den Vorrang der Hypothek verzichten, sondern auch ihren gegenwärtigen Handelswert vermindern wollen. Verhält es sich aber so, daß die Einräumung der Priorität nur für den Fall der Kollision beider Hypotheken im Zwangsvollstreckungsverfahren Geltung haben soll, dann folgt daraus, daß ihre Realisierung an den Fortbestand dieser Hypotheken bis zur Verteilung des Pfanderlöses gebunden ist. Daß die nachstehende Hypothek, welcher der Vorrang eingeräumt ist, in diesem Zeitpunkte noch existieren muß, ist klar. Dasselbe muß aber

auch für die Hypothek des Prioritätscedenten Geltung haben, denn der Vorrang dieser Hypothek ist dem nachstehenden Pfandgläubiger eingeräumt worden, und über die Dauer seines eigenen Pfandrechts hinaus kann der Hypothekengläubiger keinen Bestandteil desselben auf einen anderen übertragen. Selbst wenn also angenommen wird, daß der Prioritätscessionar durch die Vorrangseinräumung ein unmittelbares, selbständiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfanderlöse erwirbt, so muß dieser Annahme doch kraft rechtlicher Notwendigkeit die Beschränkung hinzugefügt werden, daß dieses Recht nur zur Existenz gelangt, nur ausgeübt werden kann, wenn im Zeitpunkt der Befriedigung nicht nur die Hypothek des Cessionars, sondern auch diejenige des Cedenten noch vorhanden ist und bei der Inanspruchnahme des Pfanderlöses mit konkurriert. Soll diese Beschränkung rechtlich charakterisiert werden, so muß man sie als eine notwendige Bedingung auffassen, die dem Rechtsgeschäfte der Prioritätseinräumung unter allen Umständen anhaftet, deren Existenz also keineswegs in das Belieben der Parteien gestellt ist. Soll ferner gesagt werden, ob man diese Bedingung suspensiv oder resolutiv der Prioritätseinräumung beigefügt sich zu denken hat, so kann die Entscheidung nur in ersterem Sinne getroffen werden. Das Rechtsgeschäft soll seine Wirkungen erst voll entfalten mit dem Eintritt des Kollisionsfalles, bis dahin bleibt es seinem Hauptinhalte nach in der Schwebe. Wir sind also dazu gelangt, die Prioritätseinräumung als einen kraft rechtlicher Notwendigkeit suspensiv bedingten Vertrag aufzufassen, dessen Realisierung nur möglich ist, wenn im Zeitpunkte der Verteilung des Pfanderlöses sowohl die Hypothek des Prioritätscessionars wie diejenige des Cedenten noch vorhanden sind.

Wird auch bei vorherigem Wegfall der Hypothek des Prioritätscedenten die Prioritätseinräumung hinfällig, so fragt es sich doch, ob der Cedent berechtigt ist, diesen Wegfall herbeizuführen. Darf er seine Forderung einziehen, sie verkaufen, cedieren? Es ist klar, daß, wenn der Prioritätscessionar in dieser Beziehung nicht sicher gestellt wird, er ziemlich schutzlos dem Cedenten preisgegeben ist, der es in seiner Hand hat, sowie sich eine Gelegenheit dazu bietet, seine Befriedigung ohne Inanspruchnahme des Subhastationsrichters zu bewirken und dadurch die Prioritätseinräumung einfach von sich aus zu annullieren. Er wäre dann geradezu der Willkür des Cedenten ausgesetzt; von dessen Belieben könnte es dann abhängen, ob er seine Verpflichtung

gegenüber dem Prioritätscessionar erfüllen will oder nicht. Damit hörte der Vertrag auf, ein Vertrag zu sein. Die Prioritätseinräumung würde dann weiter nichts als ein unverbindliches Versprechen des vorstehenden Pfandgläubigers sein, womit es aus der Reihe der Rechtsgeschäfte natürlich vollständig ausscheiden müßte. Die Befugnis, über seine Hypothek vor Eintritt des Kollisionsfalles mit derjenigen des Prioritätscessionars so zu verfügen, daß eine Kollision zwischen beiden nicht mehr stattfinden kann, dürfte also dem Cedenten nicht ohne weiteres zugesprochen werden können. Es sind Fälle denkbar, in denen der Hypothekengläubiger den Untergang seines Pfandrechts nicht verhindern kann, so z. B. wenn der Grundstückseigentümer ihn auszahlt oder wenn ein nachfolgender Hypothekengläubiger kraft des ius offerendi ihn verdrängt und in seine Stelle einrückt: in diesen Fällen, wo das Erlöschen seines Pfandrechts nicht von dem freien Belieben des Prioritätscedenten abhängt, wird durch den Wegfall der zurückgetretenen Post die Prioritätseinräumung allerdings hinfällig. In den Fällen aber, wo der Cedent den Untergang seines Pfandrechts selbst herbeiführt, wird, insoweit dies überhaupt als zulässig anerkannt werden sollte, nach einem Ausgleich der Interessen gesucht werden müssen. Es wird ihm die Freiheit der Disposition über seine hypothekarische Forderung nur mit der Maßgabe zugestanden werden können, daß die dem Prioritätscessionar für den Fall der Kollision der beiderseitigen Hypotheken in Aussicht gestellten Vorteile dem letzteren gewahrt bleiben; denn wer das Nicht-Eintreten einer Suspensivbedingung herbeiführt, haftet dem Kontrahenten so, wie wenn die Bedingung eingetreten wäre. Der Prioritätscedent kann also zwar seine Forderung einziehen oder cedieren, er kann auf sein Pfandrecht verzichten, er muß dann aber entweder dafür sorgen, daß sein Rechtsnachfolger in den Prioritätseinräumungsvertrag eintritt, oder er muß dem Cessionar die ihm durch denselben gewährte Sicherheit auf irgend eine andere Weise ersetzen. Zu diesen Forderungen gelangt man freilich nur unter der Voraussetzung, daß der Prioritätseinräumung bloß obligatorische Wirksamkeit beigelegt wird; denn nur dann ist der Cedent in der Lage, durch eine den Untergang seiner Hypothek herbeiführende Disposition die Prioritätseinräumung illusorisch zu machen. Bei dinglicher Wirksamkeit derselben dagegen erhält, wie wir sahen, der Prioritätscessionar ein selbständiges, von dem ferneren Wollen und Handeln des Cedenten unabhängiges Recht auf vorzugsweise

Befriedigung im Verteilungsverfahren, das ihm nur noch durch Thatsachen, welche auf der objektiven Rechtsordnung beruhen, nicht aber durch freigewollte Verfügungen des Cedenten entzogen werden kann. Die definitive Entscheidung der hier erörterten Frage wird also davon abhängen, welche Wirksamkeit wir der Prioritätseinräumung zugestehen werden.

Das Gleiche ist der Fall mit der weitern Frage, ob, wenn es zur Realisierung der Prioritätseinräumung kommt, der Teil des Erlöses, welcher dem Cessionar zugewiesen wird, auf dessen Forderung direkt oder auf die Forderung des Prioritätscedenten gezahlt wird, ob also, wenn thatsächlich der Cessionar infolge der Prioritätseinräumung befriedigt wird und der Cedent mit seiner Forderung ausfällt, diese letztere rechtlich als durch Zahlung getilgt oder als im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgefallen zu betrachten ist. Wenn wir annehmen, daß die Prioritätseinräumung nur dem Cessionar einen persönlichen Anspruch gegen den Cedenten auf Überlassung der Vorteile, die ihm aus seiner bevorzugten Stellung erwachsen, verleiht, dann kann dieser Anspruch nur dadurch erfüllt werden, daß der Cedent bei der Verteilung des Pfanderlöses seine Hypothekenforderung an der ihr zukommenden Stelle geltend macht und den erhaltenen Betrag sodann dem Cessionar bis zur Höhe von dessen Forderung zuweist. Soweit letzterer mit seiner Hypothekenforderung dann auch noch zur Hebung gelangt, hat er diesen Betrag dem Cedenten zu überweisen, was aber natürlich nicht verhindert, daß diese Zahlung rechtlich als ihm, dem Cessionar, geleistet angesehen wird und daß seine Hypothek insoweit als getilgt gilt. Nach außen hin erscheint hier also die ganze Rechtslage unverändert, nur zwischen den Kontrahenten des Prioritätseinräumungsvertrages existieren für Dritte nicht erkennbare und nicht relevante Verpflichtungen, welche das Resultat des Verteilungsverfahrens hinterher modifizieren, aber eben nur im Verhältnis dieser Kontrahenten unter einander. Legt man dagegen der Prioritätseinräumung dingliche Wirksamkeit bei, so daß der Cessionar ein selbständiges, auch Dritten gegenüber vorhandenes Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor dem Cedenten erhält, so kann der Zweck der Prioritätseinräumung hier nur in der Weise erreicht werden, daß der Cessionar seine Hypothekenforderung an der eigentlich dem Cedenten gebührenden Stelle der Rangordnung geltend macht und hier direkt aus dem Pfanderlöse befriedigt wird, ohne Vermittlung des

Cedenten. In diesem Falle geht infolge dessen die Hypothek des Prioritätscessionars unter, während diejenige des Cedenten noch fortbesteht und dann, wenn der Pfanderlös noch nicht erschöpft sein sollte, an der ursprünglich vom Cessionar eingenommenen Stelle der Rangordnung zur Befriedigung gelangt. Tritt dieser Fall nicht mehr ein, geht der Cedent bei der Verteilung des Pfanderlöses leer aus, dann ist ihm die durch dieses Grundstück gewährte Sicherheit allerdings verloren gegangen, aber da seine Forderung gegen den Schuldner noch fortbesteht, bleiben ihm etwaige andere Sicherungsmittel für dieselbe, wie z. B. eine Hypothek auf einem zweiten Grundstück des Schuldners, erhalten. Die verschiedene Auffassung der Prioritätseinräumung führt, wie wir sehen, zu sehr erheblichen Differenzen in der Gestaltung der Rechtslage sowohl des Cedenten wie auch des Cessionars. Wir werden einem Auswege aus diesen Schwierigkeiten näher kommen, wenn wir uns nunmehr die Frage vorlegen, welcher Einfluß der Eintragung der Prioritätseinräumung in das Grundbuch auf den Inhalt der letzteren zuzuerkennen ist.

Für das moderne Hypothekengeschäft hat sich fast überall, wo dasselbe den Charakter eines reinen Warenhandels angenommen hat, eine Summe von Rechtssätzen herausgebildet, welche die unentbehrliche Grundlage des ganzen Hypothekenverkehrs ausmachen und deshalb in allen Hypothekengesetzgebungen wiederkehren. Die aus dem deutschen Recht stammende Einrichtung der Grundbücher ist heute keinem einigermaßen entwickelten Grundstücksverkehre fremd, das Grundbuch bildet den Spiegel der gesamten Rechtsverhältnisse eines Grundstücks. Zu den obersten Principien dieser Einrichtung gehört der Satz, daß Rechte und Pflichten aller Realinteressenten von der Rechtsordnung nur soweit geschützt, beziehungsweise anerkannt werden, als sie aus dem Grundbuche ersichtlich sind. Der öffentliche Glaube, den das Grundbuch beansprucht, macht es zur unbedingten Notwendigkeit, daß jede Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten, welche für das Grundstück als solches mit dinglicher Wirkung vorgenommen werden soll, in das Grundbuch eingetragen werden muß; erst dann kann die betreffende Disposition Geltung gegen jedermann für sich in Anspruch nehmen. So lange die Eintragung nicht erfolgt ist, kann das Rechtsgeschäft, wenn es auch nicht jeder Wirksamkeit zu entbehren braucht, so doch nur für die unmittelbaren Kontrahenten verbindliche Kraft besitzen, irgend einem Dritten können sie es dagegen mit dem Anspruch

auf Anerkennnng desselben nicht entgegenhalten. So kann z. B. der Eigentümer sein Grundstück einem Gläubiger verpfänden, ohne die Eintragung dieser Verpfändung herbeizuführen. Die Folge wäre, daß der Gläubiger Dritten gegenüber als Hypothekar natürlich nicht in Betracht käme, daß er demnach auch bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks mit seiner Forderung nicht berücksichtigt werden würde. Ergäbe aber die Verteilung des Pfanderlöses, was ja immerhin möglich ist, was auch beispielsweise durch Verzicht eines Gläubigers auf sein Pfandrecht bewirkt werden kann, einen Überschuß zu Gunsten des Schuldners, so könnte der Gläubiger diesen Überschuß zweifellos als Pfandobjekt für seine hypothekenlose Forderung mit Beschlag belegen; der Schuldner müßte sich diese außerhalb des Subhastationsverfahrens erfolgende Maßregel gefallen lassen, und der Richter könnte ihr sein Placet nicht versagen, weil nur für die Befriedigung im Subhastationsverfahren die Eintragung des Pfandrechts unerläßliche Voraussetzung ist und weil dritte Hypothekengläubiger des Schuldners jetzt nicht mehr in Frage kommen. Ebenso wird ein Hypothekengläubiger dem Grundstückseigentümer gegenüber in für sie beide verbindlicher Weise auf sein hypothekarisches Pfandrecht verzichten können, ohne daß dieser Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Dann hat der Gläubiger nach außen hin, den übrigen Realberechtigten wie dem Subhastationsrichter gegenüber, nach wie vor als Hypothekengläubiger zu gelten, dem Schuldner aber muß er jeden Vorteil, der kraft dieser formalen Rechtsstellung ihm etwa zufällt, herausgeben. Der Inhalt des Grundbuches bestimmt eben nach außen hin allein Rechte wie Pflichten der Interessenten.

Nicht anders liegen die Verhältnisse bei der Prioritätseinräumung. Wird dieselbe nicht in das Grundbuch eingetragen, so bleibt ihr die Rechtsgültigkeit deswegen nicht versagt; der Cedent ist verpflichtet, bei Eintritt des Kollisionsfalles zwischen beiden Hypotheken den Cessionar so zu stellen, als nähme dieser seinen, des Cedenten, Rang in der Reihenfolge der Pfandrechte ein, der Cessionar kann ihn zur Erfüllung dieser Verpflichtung, wenn auch nur zur nachträglichen, im Klagewege zwingen. Aber für andere Personen als diese beiden unmittelbar Beteiligten ist die Prioritätseinräumung nicht vorhanden, da ihr die durch die Eintragung im Grundbuche zu bewirkende Publizität fehlt. Sie verändert nicht im mindesten den objektiven Bestand der am Grundstück haftenden Rechtsverhältnisse überhaupt wie der beiden

Hypothekenforderungen insbesondere, deren Inhaber die Prioritätseinräumung vereinbart haben, der Vertrag ist außerhalb des Grundbuches geschlossen und kann deshalb auch nur außerhalb desselben, außerhalb des auf das Grundbuch gestützten Subhastationsverfahrens zur Durchführung gelangen. Er ergreift nicht die hypothekarischen Rechte der Parteien, sondern bleibt in seinen Befugnissen und Verpflichtungen an ihren Personen haften. Er ist obligatorischer Vertrag mit obligatorischer Wirksamkeit. Das Subhastationsverfahren spielt sich so ab, als wenn die Prioritätseinräumung nicht vorhanden wäre; der Cedent übt *seine* Forderung an der ihr zukommenden Stelle aus und bewirkt dadurch ihre Tilgung und mit dieser den Untergang seines Pfandrechts nebst allen etwa sonst noch vorhandenen Sicherungsmitteln. Den erhaltenen Betrag muß er dann aber, *außerhalb* des Subhastationsverfahrens, dem Prioritätscessionar zuweisen, soweit dieser mit seiner Hypothekenforderung nicht zur Hebung gelangt ist. Das haben die Parteien dann unter sich abzumachen, für den Subhastationsrichter existiert ihre Angelegenheit nicht.

Mit dieser bloß obligatorischen Wirksamkeit der Prioritätseinräumung ist, das leuchtet ein, den Interessen des Cessionars nur schlecht gedient. Er hängt im Grunde von dem guten Willen des Cedenten ab und kann die Durchführung der Prioritätseinräumung gerade in dem Momente nicht erzwingen, in welchem er seinen Anspruch mit der sicheren Aussicht auf Erfolg geltend machen könnte: bei der Verteilung des Pfanderlöses. Da muß er beiseite stehen und es geschehen lassen, daß der Cedent den Betrag seiner Forderung ausgezahlt erhält, während er dann mit seiner Hypothek leer ausgeht und nicht wissen kann, ob der Cedent ihn mit dem empfangenen Gelde schadlos halten wird. Der Cedent andererseits, der sich zur Abtretung seines Vorranges ja nur herbeilassen wird, wenn seiner Forderung dadurch keine Gefahr bereitet wird, — sei es, daß die Sicherheit der Stelle des Cessionars noch als genügend gelten kann, sei es, daß ihm anderweite Sicherungsmittel noch zur Verfügung stehen —, er hat kein dringendes Interesse daran, dem Cessionar eine Verstärkung seiner Position zu verweigern, ja, er kann unter Umständen selber daran interessiert sein, daß dem Cessionar eine erhöhte Sicherheit für unbedingte Realisierung der Prioritätseinräumung gewährt wird. Denn wenn seiner Hypothekenforderung zwei Grundstücke des Schuldners verpfändet sind oder ihr sonst noch eine zweite

Sicherheit zur Seite steht, dann geht bei bloß obligatorischer Wirksamkeit der Prioritätseinräumung mit der Forderung des Cedenten sein Pfandrecht nebst dessen anderweitem Sicherungsmittel unter, während er gerade im Hinblick auf den Besitz des letzteren die Prioritätseinräumung bewilligt hat. Er müßte dann seinen Anteil am Pfanderlöse dem Cessionar herausgeben, ohne durch Geltendmachung des zweiten Sicherungsmittels auch sich selbst Befriedigung verschaffen zu können. Dieser Gefahr kann er aus dem Wege gehen, indem er die Prioritätseinräumung in das Grundbuch eintragen läßt. Damit verändert sich der Charakter dieses Rechtsgeschäfts von Grund aus. Es hört auf, ein nur außerhalb des Grundbuches existierender, rein persönlicher Vertrag zu sein; seine Berechtigungen und Verpflichtungen werden von den Inhabern der beiden in Frage kommenden Hypotheken auf diese selbst übertragen und dadurch verdinglicht. Durch die Eintragung wird der Prioritätscessionar emancipiert von dem ferneren Wollen und Handeln des Cedenten, der seine Verpflichtung, bei der Verteilung des Pfanderlöses hinter dem Cessionar zurückzustehen, schon jetzt erfüllt, indem er denjenigen Bestandteil seines hypothekarischen Rechts, welcher seine Bevorzugung vor dem Cessionar begründet, den Vorrang seiner Hypothek, auf diesen überträgt. Der Cessionar hat jetzt keinen weiteren Anspruch mehr gegen den Cedenten, er kann jetzt sein besseres Pfandrecht selbständig im Subhastationsverfahren geltend machen, gegen die übrigen Realberechtigten wie gegenüber dem Verteilungsrichter, für den ja der Inhalt des Grundbuches maßgebend ist. An der ursprünglich dem Cedenten eingeräumten Rangstelle kommt also jetzt der Prioritätscessionar mit seiner Forderung, natürlich nicht über den Betrag der zurückgetretenen Forderung hinaus, zur Hebung, während der Cedent an dessen Stelle auf Befriedigung warten und, wenn dort solche nicht mehr zu erlangen ist, seine anderweiten Sicherungsmittel geltend machen muß. Auf diese Weise kommen beide Parteien zu ihrem Rechte.

Wir werden diese Ausführungen über den Inhalt der Prioritätseinräumung und über die Wirkungen der Eintragung derselben in das Grundbuch gelegentlich der weiter unten folgenden Litteraturübersicht noch des öfteren zu verteidigen haben. Zunächst sei jedoch noch der Fall besonders ins Auge gefaßt, daß Cedent und Cessionar in der Rangordnung der Hypotheken nicht unmittelbar auf einander folgen, sondern daß Zwischengläubiger vorhanden sind. Einige,

namentlich österreichische Schriftsteller (v. David in der Österr. Gerichtszeitung 1877 Nr. 98, Strohal in seiner Monographie über die Prioritätsabtretung) sind geneigt, diesen Gesichtspunkt zu einem grundlegenden zu machen und danach zwei in ihrem Wesen verschiedene Fälle von Prioritätseinräumung auseinander zu halten, für die dann auch verschiedene Bezeichnungen vorgeschlagen werden. Mit Recht hat Exner (a. a. O. S. 483 Anm. 9) gegen diesen Gedanken bereits ausgeführt, daß in beiden Fällen dasselbe specifische Rechtsgeschäft vorliege, welches überall dieselben Rechtswirkungen habe, nur daß diese bei dem einfacheren Sachverhalt sich eben einfach abwickeln, während alle Schwierigkeiten und Streitfragen, welche sich an unser Rechtsgebilde knüpfen, erst in der Komplikation aus dem Vorhandensein von Zwischenhypotheken Ursprung und Raum gewinnen. Für die Zwischengläubiger kann nach unserer Auffassung die Prioritätseinräumung nur in Betracht kommen, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist; andernfalls kommt ja ihre Existenz überhaupt nicht zur äußern Erscheinung. Ist die Eintragung aber erfolgt, dann muß allerdings darauf gehalten werden, daß ihre Wirkungen auf die von der Prioritätseinräumung betroffenen Hypotheken beziehungsweise deren Inhaber beschränkt bleiben, daß die Zwischengläubiger in ihren Rechten oder Interessen nicht verletzt werden. Das ist aber auch bei unserer Auffassung der Prioritätseinräumung als eines kraft rechtlicher Notwendigkeit suspensiv bedingten Vertrages vollkommen ausgeschlossen. Denn wird vor dem Eintritte des Kollisionsfalles die Hypothek des Cedenten zum Erlöschen gebracht, sei es durch den Grundstückseigentümer mittels Zahlung oder durch einen nachfolgenden Gläubiger mittels des ius offerendi, so wird auch die Prioritätseinräumung hinfällig, das Recht der Hypothekengläubiger auf Vorrückung beim Wegfall einer bevorzugten Hypothek also nicht beeinträchtigt. Kommt es andererseits zur Realisierung der Prioritätseinräumung, so kann der Cessionar vor den Zwischengläubigern selbstverständlich nur bis zur Höhe der Forderung des Cedenten zur Befriedigung gelangen, da letzterer über diesen ihm verfangenen Teil des Grundstückswertes hinaus nicht verfügen kann. Ob nun jener Teil des Pfanderlöses dem Cedenten oder dem Cessionar zugewiesen wird, das ist für die Zwischenhypothekare ohne Belang, da sie, so lange die vorstehende Forderung nicht gelöscht ist, auf deren Betrag keinen Anspruch haben.

Wir können jetzt auch, nachdem wir das Wesen der Prioritätseinräumung näher kennen gelernt haben, der oben S. 8 aufgeworfenen Frage näher treten, ob begrifflich dasselbe Rechtsgeschäft vorliege, wenn der Grundstückseigentümer in seinem Interesse einer neu aufzunehmenden oder aufgenommenen Hypothek den Vorrang vor einer älteren Hypothek verschafft, und wenn ein nachstehender Gläubiger sich den Vorrang einer ihm vorgehenden einräumen läßt, um der Gefahr des Ausfalles seiner Forderung bei der Zwangsvollstreckung zu begegnen. Ein Unterschied in diesen beiden Fällen liegt thatsächlich nur in dem Umstande, daß bei der durch den Grundstückseigentümer veranlaßten Prioritätseinräumung dieser eben auch ein Interesse an derselben hat, während im anderen Falle ein Interesse seinerseits nicht vorliegt, eher vielleicht das Gegenteil behauptet werden kann. Läßt aber der Cedent sich einmal auf die Einräumung seines Vorranges zu Gunsten eines nachstehenden Hypothekengläubigers ein, so kommt es nicht darauf an, ob er durch diesen selbst oder durch den Grundstückseigentümer dazu bestimmt worden ist, ob letzterer ebenfalls an dem Rechtsgeschäft ein Interesse hat oder nicht, sondern die rechtliche Beurteilung der Prioritätseinräumung hat dann lediglich mit ihrem Gegenstande sowie mit den Abmachungen, welche unter den Parteien getroffen werden — ob Eintragung erfolgen soll oder nicht —, zu rechnen. Die Person des Eigentümers tritt, wenn er sein Ziel, den vorstehenden Hypothekengläubiger zur Einräumung seiner Priorität geneigt zu machen, erreicht hat, zurück, und zwischen den Parteien wird das Rechtsgeschäft dann in gleicher Weise abgeschlossen, als wenn sie ohne Vermittlung des Eigentümers mit einander zwecks Abtretung des Vorranges in Verhandlungen eingetreten wären. —

Wir gehen nunmehr dazu über, die in der Litteratur vertretenen Ansichten über die rechtliche Natur der Prioritätseinräumung einer kritischen Durchsicht zu unterziehen. Dieselbe wird sich außer auf das gemeine auf das preußische und österreichische Recht erstrecken, weil hier zur Erkenntnis des fraglichen Rechtsgeschäfts das Wesentlichste beigetragen wurde; sie wird aber auf unbedingte Vollständigkeit keinen Anspruch machen, weil damit nur der bereits anderweit (vgl. insbesondere die Monographieen von Paris und Strohal) angesammelte Stoff wiederholt werden könnte.

Für das gemeine Recht kommt zunächst Dernburg, Pfandrecht II § 158, in Betracht. Für ihn ist der Rang einer Hypothek

eine unlösbare Eigenschaft derselben. Um aber die Absicht der Parteien nicht an dieser rechtlichen Ungeeignetheit des Gegenstandes ihres Vertrages völlig scheitern zu lassen, will er den letzteren als eine wechselseitige Cession der Ansprüche des Verzichtenden und des Begünstigten auffassen, wobei er an eine Cession im juristischen Sinne des Wortes denkt. Diese Theorie setzt sich zu den Intentionen der Parteien in einen so erheblichen Widerspruch, daß man schon mit Rücksicht hierauf allein sie ablehnen muß. Mit Recht bekämpft sie Küntzel (in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 71) durch Anführung des folgenden Beispiels: „A., dem für eine in nächster Zeit fällige Wechselforderung Hypothek bestellt ist, wird sich zu einer Vorrechtseinräumung zu Gunsten einer neu kontrahierten Pfandbriefsschuld besonders dann leicht entschließen, wenn er z. B. in dem Vorbesitzer des Grundstücks einen sicheren persönlichen Schuldner hat; aber diesen Entschluß mit der Absicht zu identifizieren, für seine Wechselforderung ein amortisierbares Darlehn zu erwerben, dessen persönlicher Schuldner vielleicht nicht die mindeste Sicherheit bietet, würde ein handgreiflicher Irrtum sein."

Man wird daher sagen müssen, daß den Interessen der Parteien besser gedient würde, wenn ihrem Prioritätseinräumungsvertrage mit Rücksicht auf die angebliche Unmöglichkeit der Übertragung des Ranges jede Geltung versagt bliebe, als wenn ihm die Dernburgsche Deutung gegeben würde. Daß für uns die von vielen behauptete, aber von keinem bewiesene Untauglichkeit des Ranges, als Gegenstand der Prioritätseinräumung zu dienen, keinen Grund abgeben kann, Theorieen wie diejenige Dernburgs zu acceptieren, bedarf nach dem im § 2 Ausgeführten keiner weiteren Begründung.

Auch Windscheid (Pandekten I § 247) hält den Rang für eine Eigenschaft des Pfandrechts, welche ohne dieses selbst nicht erworben werden könne. Über den Charakter der Prioritätseinräumung bemerkt er nur in einer Anmerkung: „Verzicht auf den einem Pfandrechte zukommenden Rang zu Gunsten eines anderen Pfandgläubigers ist entweder ein rein obligatorisches Geschäft mit diesem Pfandgläubiger oder Verzicht auf das Pfandrecht selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen." Windscheid sagt nicht, wann die Prioritätseinräumung das eine und wann sie das andere sein soll, er läßt sich auf Einzelheiten gar nicht ein. Ein rein obligatorisches Geschäft ist sie auch nach unserer Auffassung, wenn sie nicht durch Eintragung in das

Grundbuch von der Person der beiden Pfandgläubiger in Berechtigungen und Verpflichtungen auf die beiden Pfandforderungen übertragen wird. Die zweite Konstruktion der Prioritätseinräumung als eines Verzichtes auf das Pfandrecht selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen scheint, da hier notwendiger Weise Grundbuchakte in Frage kommen, für den Fall der Eintragung in das Grundbuch gelten zu sollen. Sie ist nicht etwa so zu verstehen, daß der Prioritätscessionar an die Stelle des auf sein Pfandrecht Verzichtenden treten soll — es ist wenigstens nach dem, was Windscheid sagt, nicht zu erkennen, wie dies bewirkt werden sollte —, sondern der Cedent macht nur seine Stelle frei, um als bevorzugter Konkurrent hinsichtlich des Pfanderlöses dem Cessionar gegenüber außer Betracht zu kommen. Er muß sich dann vom Grundstückseigentümer ein neues Pfandrecht bewilligen und eintragen lassen. Windscheid macht also das Zustandekommen der Prioritätseinräumung auch in den Fällen, wo der Eigentümer kein Interesse an derselben hat, von seiner Mitwirkung abhängig, ein Umstand, der den Parteien dann sehr häufig die Erreichung ihres Zieles unmöglich machen würde. Abgesehen davon liegt auch der Verzicht auf sein Pfandrecht nicht in der Absicht des Prioritätscedenten, und am allerwenigsten wird er sich damit einverstanden erklären können, für sein besseres Pfandrecht ein neues an letzter Stelle, nicht nur hinter dem Cessionar, sondern auch hinter dessen Vor- und Nachmännern, einzutauschen, denen allen somit die Prioritätseinräumung zu gute kommen würde, trotzdem nur die Begünstigung des Cessionars beabsichtigt wird. Auch gegen die Windscheidsche Konstruktion läßt sich daher sagen, daß es besser wäre, der juristischen Konsequenz entsprechend die Ungültigkeit eines auf Abtretung der Priorität gerichteten Vertrages zweier Hypothekengläubiger auszusprechen, als daß ein Rechtsgebilde künstlich geschaffen wird, das mit den Intentionen der Parteien in vollständigem Widerspruche steht.

Wie Schlayer (in seinem Aufsatz über „die Zulässigkeit der Übertragung eines dinglichen Vorzugsrechts an einen anderen Gläubiger nach gemeinem Recht", Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49 S. 232 ff.) über die Ablösbarkeit des Ranges von der Hypothek denkt, haben wir bereits oben Seite 16 gesehen. Er giebt wenigstens für die nachklassische Periode auf Grund der l. 21 C. ad Senatusconsultum Velleianum 4,29 die Übertragbarkeit des Ranges zu und erkennt an, daß in dieser Stelle die Zulässigkeit der Übertragung

bereits allgemein vorausgesetzt werde. Eine eigene Theorie über die rechtliche Natur der modernen Prioritätseinräumung entwickelt Schlayer nicht. Er bekämpft Dernburgs Auffassung derselben als einer wechselseitigen Cession der Pfandforderungen und weist nach, daß die Übertragung eines Vorzugsrechts von einer Pfandforderung auf die andere jedenfalls dann bedenklich erscheine, wenn man ihr die Folge beimesse, eine nachstehende Forderung schlechthin bis auf den Betrag der vorgehenden, wie dieser zur Zeit der Cession existierte, in deren Stelle einrücken zu lassen. Man müsse sich bei der Frage der Locierung mehrerer Pfandrechte der Natur der Sache nach in den Zeitpunkt der wirklichen Kollision der verschiedenen Pfandforderungen versetzen, erst in diesem Augenblicke wäre ursprünglich das Bedürfnis einer Rechtsnorm für die Lokation gegeben gewesen. Der Verzicht auf das Pfandrecht zu Gunsten nachstehender Gläubiger könne diesen nur insofern Rechte verschaffen, als der ursprünglich bevorzugte Pfandgläubiger selbst zur Zeit des Konkurses noch eine Pfandforderung habe, beziehungsweise bis zu deren zu dieser Zeit noch erübrigendem Betrage. Und zwar soll dies nicht bloß im Zweifel als Absicht des Abtretungsgeschäfts, sondern geradezu und schlechthin gelten, weil wir nicht berechtigt seien, dem Belieben der Privaten in Absicht auf die Lokation einen weiteren Spielraum zu gewähren, als das Gesetz unzweideutig zulasse, zumal wenn die Interessen Dritter wesentlich berührt würden.

Mit diesen Ausführungen können wir uns nach unseren eigenen Darlegungen völlig einverstanden erklären. Auch wir fassen als maßgebenden Zeitpunkt für die Durchführung der Prioritätseinräumung den Eintritt des Kollisionsfalles zwischen den beiden Hypothekenforderungen ins Auge und tragen diesem Umstande dadurch Rechnung, daß wir den Eintritt des Kollisionsfalles als eine dem Vertrage kraft rechtlicher Notwendigkeit anhaftende Suspensivbedingung auffassen. Auf andere Weise erscheint es nicht möglich, die auch von Schlayer für erforderlich erklärte Beschränkung des Parteiwillens juristisch zu begründen.

v. Bar legt in seinem Werke über das hannoversche Hypothekenrecht (S. 112 f.) besonderes Gewicht auf das Bedenken, daß der Pfandschuldner dabei interessiert sein könne, den A. und nicht den B. zum ersten oder zum letzten hypothekarischen Gläubiger zu haben, weshalb seine Zustimmung jedenfalls erforderlich sei. Die Abtretung der Priorität habe nur die Wirkung, daß der Betrag, der im Konkurse

sonst auf die Vorhypothek verwendet wurde, nun zur Befriedigung der Nachhypothek verwendet werde. Was den ersten Punkt anlangt, so kann ein Interesse des Pfandschuldners an der Aufrechterhaltung der von ihm bestimmten Reihenfolge der Hypothekengläubiger unleugbar in manchen Fällen vorhanden sein, daraus aber ein generelles Widerspruchsrecht gegen jede ohne seinen Willen erfolgende Rangveränderung herzuleiten, geht mangels einer positiven gesetzlichen Bestimmung nicht an. Die Analogie, mit welcher das Reichsgericht in seiner bereits citierten Entscheidung (Bd. XII S. 203 ff.) diesem Einwand entgegentritt, ist durchschlagend: „Aus dem Interesse des Eigentümers an der regelmäßigen Befriedigung seiner Hypothekengläubiger folgt nicht, daß dem Pfandschuldner ein wirksames Widerspruchsrecht gegen eine solche, seine Interessen schädigende Veränderung des Ranges der Hypotheken durch Verzicht eines vorhergehenden Hypothekengläubigers auf sein Vorzugsrecht zustehe oder daß mit Rücksicht auf dieses Interesse des Pfandschuldners der Hypothekengläubiger in der Disposition über sein Vorzugsrecht beschränkt wäre. Ebensowenig wie der Pfandschuldner den Verzicht eines Hypothekengläubigers auf sein Pfandrecht aus dem Grunde verhindern kann, weil er dabei interessiert ist, daß dieser Gläubiger, dem auch noch andere Grundstücke des Pfandschuldners verpfändet sind, aus dem Erlöse des zuerst zum Verkaufe gebrachten Grundstückes befriedigt werde, während infolge seines Verzichtes Hypothekengläubiger zur Hebung gelangen, welchen anderweite Hypotheken nicht zustehen; ebensowenig kann auch das Interesse des Pfandschuldners ein Widerspruchsrecht gegen die Abtretung des Vorranges einer Hypothek an einen nachstehenden Hypothekengläubiger begründen."

Diese Ausführungen sind unanfechtbar. Damit soll jedoch nicht geleugnet werden, daß die Forderung v. Bars, der Grundstückseigentümer solle um seine Einwilligung in Rangveränderungen angegangen werden müssen, manches für sich hat, daß sie namentlich in der Gegenwart, wo die Gesetzgebung überhaupt auf eine Befestigung der Position des Grundbesitzers gegenüber den Realberechtigten bedacht ist und dadurch auch die ganze Betrachtungsweise des Verhältnisses zwischen Hypothekengläubigern und Grundstückseigentümer zu Gunsten des letztern verschoben hat, als berechtigt anerkannt wird. Und in der That hat auch der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, mit dem wir uns später noch näher beschäftigen

werden, eine Bestimmung in diesem Sinne vorgesehen. So lange es aber an einer positiven Vorschrift fehlt, kann die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Pfandschuldners nicht dazu führen, ihm ein Widerspruchsrecht gegen Rangveränderungen, welche die Hypothekengläubiger unter sich eintreten lassen wollen, zuzugestehen.

Wie v. Bar sich im übrigen die rechtliche Gestaltung der Prioritätseinräumung vorstellt, geht aus seinen Bemerkungen über dieselbe nicht hervor. Er ist ein Gegner der dinglichen Wirkung eines solchen Vertrages; denn auch er hält den Rang einer Hypothek für unübertragbar, die Einräumung der Priorität soll nur die Wirkung haben, daß der Betrag, der im Konkurse sonst auf die Vorhypothek verwendet würde, nun zur Befriedigung der Nachhypothek verwendet wird. Das klingt fast so, als sei der Verteilungsrichter derjenige, welcher diese Art der Verwendung vornehmen müßte, und als ob jener Betrag direkt auf die Nachhypothek gezahlt und dadurch deren Untergang herbeigeführt würde. Wir wüßten nicht, wie diese Vorgänge anders als durch Annahme einer dinglichen Wirkung der (eingetragenen) Prioritätseinräumung erklärt und gerechtfertigt werden könnten. v. Bar läßt uns jedenfalls darüber im unklaren, wie wir uns nach seiner Darlegung die Prioritätseinräumung im einzelnen zu konstruieren haben.

Das Reichsgericht behandelt in seiner Entscheidung Bd. XII S. 203 ff. einen Fall unmittelbarer Aufeinanderfolge der Parteien nach gemeinem Recht und beschränkt seine Ausführungen mit Bewußtsein auf diesen Fall. Die Prioritätseinräumung, welche den dem Reichsgericht vorgelegten Rechtsstreit veranlaßte, war auch in das Grundbuch eingetragen. Das Reichsgericht erkennt den Vorrang als eine unzertrennliche Eigenschaft des Pfandrechts nicht an; es ist vielmehr der Ansicht, daß auf ihn wie auf jedes andere Vorzugsrecht verzichtet werden könne. Der Pfandgläubiger könne bei der Subhastation des Grundstücks wie auf das Pfandrecht selbst, so auch nur auf die Geltendmachung des Vorranges zu Gunsten ihm nachstehender Hypothekengläubiger verzichten, und es hänge lediglich von ihm ab, wie weit er mit seinem bevorzugten Pfandrechte hinter ihm nachstehende Pfandgläubiger zurücktreten wolle. Mache er von dieser ihm zustehenden Dispositionsbefugnis durch Nichtgeltendmachung des ihm für seine Pfandforderung gebührenden Vorzugsrechtes Gebrauch, so rücke infolgedessen die nächstfolgende Hypothek auf; diese werde also

vor der ursprünglich bevorrechtigten Hypothekenforderung befriedigt. „Diese Rechtsfolge tritt natürlich auch dann ein, wenn die Nichtgeltendmachung des Vorranges erfolgt zur Erfüllung einer übernommenen persönlichen Verbindlichkeit. Die Prioritätseinräumung zu Gunsten des nächstfolgenden Hypothekengläubigers ist daher nicht nur ein rechtsgültiges, sondern auch ein völlig rechtswirksames Rechtsgeschäft. Der aufrückende Pfandgläubiger macht seine Forderung geltend, da er jetzt nicht mehr durch das ihm vorgehende und seine Befriedigung ausschließende bezw. beschränkende Pfandrecht des zurückgetretenen Pfandgläubigers beschränkt ist. Die im Subhastationsverfahren an den infolge der Prioritätscession aufgerückten Gläubiger geleistete Zahlung ist nicht als eine an den Prioritätscedenten zum Zwecke der Tilgung der diesem zustehenden Forderung geschehene anzusehen, sondern sie erfolgt an den Prioritätscessionar infolge Geltendmachung seiner Hypothekenforderung zum Zwecke und mit der Wirkung der Tilgung dieser Forderung. Der Cessionar nimmt die auf die Forderung des Cedenten im Subhastationsverfahren fallende Hebung in Höhe seiner Forderung vorweg, indem er sein durch das Pfandrecht des Cedenten nicht mehr beschränktes Pfandrecht ausübt. Das Pfandrecht des Prioritätscedenten wird hierdurch gegenüber dem Eigentümer des Pfandobjektes und den hinter dem Cessionar stehenden Realberechtigten nicht erschöpft."

Man kann zweifelhaft sein, wie man nach diesen Sätzen die Auffassung des Reichsgerichts charakterisieren soll. Es läßt den durch eine Prioritätseinräumung gebundenen Hypothekengläubiger, wenn er bei der Verteilung des Pfanderlöses sein Vorzugsrecht nicht geltend macht, in Erfüllung einer übernommenen „persönlichen Verbindlichkeit" handeln und den Prioritätscessionar in dessen Stelle aufrücken. Ein solches Aufrücken kann aber doch nur bei Wegfall des voreingetragenen Pfandrechts, nicht schon bei bloßer Nichtausübung des Pfandvorzuges stattfinden. In diesem Falle erhält der Cessionar kein eigenes Recht auf Inanspruchnahme des ursprünglich dem Cedenten verfangenen Teils des Pfanderlöses; denn eine bloße Verzichtserklärung kann keine Rechtsübertragung bewirken. Soll auch die eingetragene Prioritätseinräumung nur eine „persönliche Verbindlichkeit" des Cedenten begründen, dann muß der Inhalt derselben nicht als Verpflichtung zur Nichtausübung, sondern im Gegenteil zur Ausübung des Vorranges, jedoch unter gleichzeitiger Überweisung des erhaltenen

Betrages an den Prioritätscessionar bestimmt werden. Wenn der Cessionar kraft eigenen Rechts seine Forderung an der Stelle des Cedenten soll geltend machen können, so muß ihm durch die Prioritätseinräumung eben ein derartiges Recht übertragen werden, sonst kann er immer nur durch Vermittlung des Cedenten sein Ziel erreichen. Das eine — die Ausübung seiner eigenen Forderung an der bevorrechtigten Stelle — wollen, das andere — die Verleihung eines eigenen Rechtes hierzu durch die Prioritätseinräumung — dagegen nicht, wie das Reichsgericht es möchte, läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Das Reichsgericht führt selbst (auf Seite 214) aus, daß nach der Absicht der Parteien der Prioritätscedent nicht verpflichtet sein solle, seine Forderung an der dieser gebührenden Stelle im Subhastationsverfahren geltend zu machen und den erhaltenen Erlös an den Prioritätscessionar herauszugeben, sondern daß es im Gegenteil ihr Wille ist, daß die Forderung des Cessionars an der Stelle des Cedenten befriedigt werde, während letzterer an der Stelle des Cessionars seine Befriedigung suchen wolle. Aber einen gangbaren Weg, auf dem diese direkte, diese dingliche Wirkung der Prioritätseinräumung juristisch konstruiert werden könnte, giebt das Reichsgericht uns nicht an. Und selbst wenn wir uns auf seinen Standpunkt stellen und also annehmen wollten, daß durch die im Subhastationsverfahren abgegebene Erklärung des Prioritätscedenten, er wolle von dem Vorrang seiner Forderung zu Gunsten des Cessionars keinen Gebrauch machen, dieser in die Rangstelle des ersteren aufrücke, so wäre uns damit auch nur eine Lösung geboten, die für den Fall, daß ein Hypothekengläubiger zu Gunsten eines entfernteren Nachmannes auf sein Vorzugsrecht verzichten wollte, völlig versagen würde. Denn dann würde nicht der Cessionar, sondern der unmittelbare Nachmann des Cedenten in dessen Stelle aufrücken und erst in weiterer Folge würde auch der Cessionar aus der Erklärung seines Vertragsschuldners Vorteil schöpfen, während er in erster Linie und ausschließlich begünstigt werden sollte. Wie sich das Reichsgericht in diesem Falle die Konstruktion des Verhältnisses denkt, darüber hat es absichtlich Stillschweigen beobachtet. Nur so viel läßt sich erkennen, daß es die rechtliche Zulässigkeit der Übertragung der Pfandrechtspriorität auch an einen andern als den unmittelbaren Nachmann des Cedenten nicht beanstanden würde; denn es sagt, daß es lediglich von dem Pfandgläubiger abhänge, wie weit er mit dem ihm zustehenden

bevorzugten Pfandrechte hinter ihm nachstehende Pfandgläubiger zurücktreten wolle.

Mit der „Prioritätscession nach gemeinem Recht" beschäftigt sich endlich die Inaugural-Dissertation von Albert Schnitzler (Göttingen 1889). Die Frage, ob durch bloßen Vertrag zwischen Vor- und Nachhypothekar eine dinglich wirkende Rangabtretung vollzogen werden könne, wird von Schnitzler sowohl auf Grund der römischen Rechtsquellen wie auch auf Grund allgemeiner Rechtssätze verneint, ohne daß hierfür im wesentlichen andere als die von Windscheid und Dernburg angeführten Argumente vorgebracht werden. Mit Dernburg Tausch der Pfandrechte durch gegenseitige Cession der Forderungen oder mit Regelsberger (Studien im bayr. Hypothekenr. S. 51) und Römer (Württ. Unterpfandr. S. 240 f.) Bestellung eines subpignus am Pfandrecht des Prioritätscedenten anzunehmen, ist Schnitzler nur bei ausdrücklicher, dementsprechender Erklärung der Parteien geneigt (S. 36). In den weitaus meisten Fällen werde man in Ermangelung deutlicher Verabredungen Verzicht auf das vorstehende Pfandrecht oder Ausübung desselben zu Gunsten eines Nachhypothekars als Absicht der Kontrahenten vermuten dürfen. Im Zweifel sei nur Verzicht auf das Pfandrecht als beabsichtigt anzunehmen, Ausübung des Pfandrechtes zu Gunsten des Prioritätscessionars dagegen nur, wenn die darauf gerichtete Absicht der Parteien feststehe (S. 47,48). — Die Absicht der Parteien bei einer Prioritätsabtretung ist im Zweifel auf die Abtretung des Ranges der vorgehenden Hypothek gerichtet. Stehen der Durchführung dieser Absicht, wie nachgewiesen, rechtliche Schwierigkeiten nicht im Wege, so haben wir keine Veranlassung, zu irgend welchen dem Parteiwillen nicht entsprechenden Konstruktionen unsere Zuflucht zu nehmen.

Damit ist die gemeinrechtliche Litteratur des Gegenstandes so ziemlich erschöpft. Die Ausbeute derselben für die Erkenntnis des Wesens der Prioritätseinräumung kann nicht bedeutend genannt werden.

Nach preußischem Recht konnte die Zulässigkeit der Prioritätseinräumung keinem Zweifel unterliegen; denn das Allgemeine Landrecht (§ 496—498 I. 20) erkennt ausdrücklich an, daß die vom Grundstückseigentümer festgestellte Rangordnung durch Dispositionen der Hypothekengläubiger abgeändert werden kann. Es verlangt für eine Vorrechtseinräumung schriftliche Form und Eintragung im Grundbuche; unterbleibt letztere, dann soll die Erklärung des

Gläubigers zwar ihm und seinen Erben, nicht aber einem dritten Inhaber der Forderung entgegenstehen. Das spätere preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 sowie die Grundbuchordnung desselben Datums ergänzen diese Bestimmungen in den §§ 35 bezw. 86 dahin, daß Rechte Dritter durch die Vorrangseinräumung nicht verletzt werden dürften. In den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts finden wir die von uns vorgenommene grundsätzliche Unterscheidung zwischen eingetragener und nicht eingetragener Prioritätseinräumung wieder: letztere soll nur gegen den Cedenten und dessen Erben, erstere auch gegen jeden dritten Inhaber seiner Hypothekenforderung wirksam sein. Uns scheint hiermit der Gegensatz zwischen bloß obligatorischer und dinglicher Wirksamkeit der Prioritätseinräumung klar zum Ausdruck gebracht. Sehen wir jedoch zu, wie die landrechtliche Litteratur diese Bestimmungen auffaßt.

Die Frage wurde in Fluß gebracht durch eine Entscheidung des Ober-Tribunals vom 1. September 1838 (Bd. VI S. 359). Dieselbe stellt zunächst fest, daß die Vorrechtseinräumung erst wirksam wird, wenn die verpfändete Sache zur vollständigen Befriedigung der mehreren auf sie andringenden Gläubiger nicht hinreicht. Ihre Wirkung besteht darin, daß der vorgehende Gläubiger dem ihm nachstehenden bei der Befriedigung weichen muß. Erheblich ist hierbei einmal die Stellung der beiden Gläubiger nach der Folgeordnung im Hypothekenbuche *gegen einander* und zweitens ihre Stellung *zu den übrigen* Gläubigern. Die *allgemeine*, durch die Eintragung begründete Reihenfolge wird durch die Vorrechtseinräumung keineswegs abgeändert, sondern nur die specielle zwischen den beiden beteiligten Gläubigern. Der Cedent empfängt die nach der allgemeinen Rangordnung ihm zufallende Hebung nicht, er muß sie vielmehr dem Cessionar überlassen und dagegen an der diesem Gläubiger durch die Eintragung ursprünglich zu teil gewordenen Stelle in der Rangordnung auf seine Befriedigung warten. Beide Forderungen müssen auch wirklich zusammentreffen, um die Vorrangseinräumung wirksam werden zu lassen; bei vorherigem Untergang einer von ihnen wird dieselbe hinfällig. Wird die vorstehende Post gelöscht, so rücken die hinter ihr eingetragenen Hypotheken auf. Die Parteien bleiben nach wie vor uneingeschränkte Herren ihrer Forderungen, denn nur ein auf die Forderung selbst, nicht aber ein auf ihren Vorrang eingeräumtes Recht kann eine Beschränkung ihres Eigentümers zur Folge

haben. Die Prioritätseinräumung ist weder Verpfändung noch Cession der Hypothekenforderung; denn nicht diese, sondern nur ihr Rang ist Gegenstand der Einräumung. Der Cessionar erhält seine Befriedigung nicht aus der Forderung des Cedenten, sondern lediglich aus dem Vermögen ihres beiderseitigen Schuldners, nämlich aus dem Wertsteile des Unterpfandes, der zwar zunächst für den Cedenten vorhanden ist, der jedoch auf Grund der Prioritätseinräumung dem Cessionar zufällt.

Das Ober-Tribunal entscheidet sich also, nur bezüglich der eingetragenen Prioritätseinräumung natürlich, für die sogenannte Theorie des Stellentausches: jeder der beiden Hypothekengläubiger behält seine Forderung wie sein Pfandrecht, aber mit dem Rang derselben, ihrer Stelle im Grundbuche, haben sie getauscht. Der Cessionar macht also seine Forderung an der Stelle des Cedenten geltend und wird aus dem Pfanderlöse befriedigt, hat also auf denselben einen direkten, von dem Willen des Cedenten vollständig unabhängigen, einen dinglichen Anspruch. Nur dagegen müssen wir Widerspruch erheben, daß der Cedent nach wie vor soll über seine Hypothekenforderung frei verfügen dürfen. An dieser selbst hat allerdings, darin ist dem Ober-Tribunal beizustimmen, der Cessionar kein Recht erworben, sondern nur an ihrem Rang; aber durch die Verfügung über die Forderung selbst wird auch ihr Rang betroffen, ohne jene kann dieser nicht weiter existieren; er geht mit ihr zugleich unter. Damit wird allerdings die Prioritätseinräumung hinfällig, der Cessionar aber, der ja durch sie bereits ein selbständiges, eigenes Recht auf Befriedigung an der Stelle des Cedenten erworben hat, braucht und kann es sich nicht gefallen lassen, hinterher dieses Rechtes wieder beraubt zu werden, wenn der Cedent seine Forderung schon vor Eintritt des Kollisionsfalles verwerten oder einziehen will. Nur wenn er dazu kraft Rechtssatzes gezwungen wird, also wenn ein Dritter, für den die Prioritätseinräumung als nicht vorhanden gilt, ihn abfindet (jus offerendi) oder wenn der Eigentümer freiwillig seine Schuld bezahlen will, nur dann muß der Cessionar zurückstehen, weil damit der Eintritt des Kollisionsfalles illusorisch gemacht wird. Der Cedent selbst aber, der für diesen Fall eine Verpflichtung eingegangen ist, darf sich derselben nicht dadurch entziehen, daß er den Eintritt der Bedingung — als solche muß die Erwartung des Kollisionsfalles aufgefaßt werden — einfach verhindert. Man muß also entweder mit uns die Verfügungsfreiheit des Cedenten hinsichtlich seiner Forderung nach Abschluß der

Prioritätseinräumung beschränken, oder man muß, wenn diese für den Cessionar nicht vollständig entwertet werden soll, dessen durch die Prioritätseinräumung erworbenes Recht die Hypothekenforderung des Cedenten überdauern lassen. Da letzteres jedoch zu einer Verletzung des Rechts der Zwischengläubiger auf Vorrückung beim Wegfall einer vorstehenden Post führen würde, bleibt nur die von uns vorgeschlagene Lösung der Schwierigkeiten übrig.

Seine Theorie des Stellentausches hat das Ober-Tribunal auch in zwei späteren Entscheidungen festgehalten. In dem Urteil vom 11. Februar 1870 (Bd. 63 S. 189) führt es aus, durch die Prioritätseinräumung erhalte der Cessionar das Recht, aus dem, was ohne die Prioritätscession auf die vorstehende Forderung an den Cedenten zu zahlen sein würde, an dessen Statt seine Befriedigung zu erlangen und die Befriedigung des Cedenten erst nach der eigenen Befriedigung geschehen zu lassen. Und in der Entscheidung vom 5. September 1873 (Bd. 89 S. 191) wird als Gegenstand der Vorrechtseinräumung das Recht bezeichnet, Befriedigung aus dem Kaufgelde des Pfandes für die vortretende Forderung vor dem die Priorität Einräumenden und zugleich an der dem letzteren gebührenden Stelle der hypothekarischen Gläubigerordnung vor, mit oder nach anderen Gläubigern zu fordern. — Diese Ausführungen genügen, um die eigentliche Meinung des Ober-Tribunals, seine Auffassung der in das Grundbuch eingetragenen Prioritätseinräumung als eines wechselseitigen Stellentausches zwischen den beiden Hypothekenforderungen, also eines Vertrages mit dinglicher Wirksamkeit, unzweifelhaft erkennen zu lassen.

Im wesentlichen auf diesen Standpunkt des Ober-Tribunals stellt sich sowohl Koch in seinem Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, wie auch Eccius in seiner Ausgabe von Försters „Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts“ (Bd. III S. 500). Letzterer ergänzt in einem Punkte noch die juristische Konstruktion des Ober-Tribunals, weshalb seine Ausführungen in diesem Teile hier wiedergegeben werden. „Bei der Subhastation nimmt (dann) der Cessionar die auf die Post des Cedenten fallende Hebung, indem er *sein* durch dieselbe nicht mehr beschränktes Pfandrecht ausübt, in Höhe seiner Forderung vorweg. Das Pfandrecht des Cedenten wird dabei insofern geltend gemacht, als es den Zwischengläubiger ausschließt; gegenüber dem Grundstückseigentümer und den hinter dem Cessionar stehenden Realberechtigten wird aber hierdurch das Pfandrecht des

Cedenten nicht erschöpft, bleibt vielmehr noch immer geeignet, gegen das Grundstück geltend gemacht zu werden. Der Cedent kann daher noch immer aus dem Grundstück Befriedigung fordern, aber nur an der Stelle des vorweg befriedigten Cessionars; bis in diese Stelle muß er zurückgehen, beschränkt durch alle die Pfandrechte, welche das Recht des Cessionars beschränkten, namentlich also durch die Pfandforderungen der durch die Abtretung nicht berührten, dazwischen eingetragenen Gläubiger." Wenn mit diesen Worten nur dasselbe gesagt sein soll, was das Ober-Tribunal durch seine Unterscheidung der allgemeinen Rangordnung, welche durch die Prioritätseinräumung nicht berührt wird, von der besonderen zwischen den beiden Parteien, deren Umkehrung die Prioritätseinräumung bewirkt, ausdrücken wollte, so wird gegen die Ecciussche Formulierung dieses Gedankens nichts einzuwenden sein. Sie ist jedoch geeignet, die falsche und gewiß auch von Eccius nicht geteilte Vorstellung zu erwecken, als machte der Cessionar bei der Subhastation das Pfandrecht des Cedenten zum Teil mit für sich geltend. Zur Vermeidung jedes Mißverständnisses muß betont werden, daß dieser Teil eben nur der Vorrang des Pfandrechts des Cedenten ist, an dessen Stelle derjenige des Cessionars getreten ist.

In einem fast durchgehends kritischen Aufsatze „Zur Lehre von der Vorrechtseinräumung" (Gruchots Beiträge Bd. 26 S. 68 ff.), dem ein zweiter, positiver Teil folgen sollte, aber nicht gefolgt ist, beschäftigt sich Küntzel mit der vorliegenden Frage und der über dieselbe vorhandenen Litteratur. Seine eigene Auffassung der Prioritätseinräumung läßt sich aus seiner Stellungnahme gegenüber den von ihm besprochenen Theorieen anderer Schriftsteller immerhin mit ziemlicher Sicherheit erkennen. Er ist mit Strohal der Ansicht, daß eine rein obligatorische Konstruktion der Vorrangseinräumung nicht möglich sei, erklärt dagegen die Theorie eines Stellenwechsels unter der Voraussetzung für annehmbar, daß man diesen als durch die Fortexistenz sowohl der zurück- wie der vortretenden Forderung resolutiv oder suspensiv bedingt auffasse. Dieser Voraussetzung haben wir Rechnung getragen, während sie sonst im allgemeinen keine Berücksichtigung findet.

Dernburg unterscheidet (Preuß. Priv.-Recht I § 334) gleich uns zwischen eingetragener und nicht eingetragener Prioritätseinräumung und spricht der ersteren dingliche, der letzteren bloß obligatorische

Wirksamkeit zu. Gegen ihn ist mit Bezug auf diese Konstruktion eingewendet worden, daß der Inhalt der Prioritätseinräumung in beiden Fällen derselbe bleiben müsse, ob nun die Eintragung in das Grundbuch erfolge oder nicht; durch die Eintragung könne dieser Inhalt nicht geradezu in sein Gegenteil verwandelt werden. Nehmen wir zunächst einmal an, dieser Einwand sei in seinen thatsächlichen Anführungen begründet, der Inhalt der Prioritätseinräumung werde durch deren Eintragung in das Grundbuch in der That verändert: warum sollte dann diese Umgestaltung rechtlich nicht zulässig sein? Die Parteien haben es in ihrer Hand, ob sie ihre Abmachungen betreffend bevorzugte Befriedigung des Cessionars vor dem Cedenten im Grundbuche vermerken lassen wollen, oder nicht; die Gültigkeit des Vertrages hängt davon nicht ab. Entschließen sie sich zur Eintragung, dann werden sie ihre besonderen Gründe dafür haben, und diese können nur in dem Wunsche wurzeln, ihren Vereinbarungen eine verstärkte Sicherheit zu geben. In Wirklichkeit ist es aber auch gar nicht einmal zutreffend, daß der Inhalt der Prioritätseinräumung durch die Eintragung verändert werde; diesen bildet vielmehr in beiden Fällen die Erklärung des Cedenten, daß im Falle einer Kollision zwischen seiner Hypothekenforderung und derjenigen des Cessionars im Subhastationsverfahren letzterer vor ihm, dem Cedenten, Befriedigung solle beanspruchen dürfen. Was durch die Eintragung verändert wird, ist nicht der Inhalt dieser Erklärung, sondern das Mittel zu deren Realisierung. Der persönliche Anspruch des Cessionars gegen den Cedenten auf Überlassung seines Anteils am Pfanderlöse verwandelt sich mit der Eintragung in das dingliche Recht, unmittelbar aus dem Pfanderlöse Befriedigung für seine Forderung vor derjenigen des Cedenten zu verlangen. Diese rechtliche Veränderung herbeizuführen, ist die Eintragung sehr wohl imstande, da sie ein formaler, rechtsbegründender Akt ist.

Dieselbe Wirkung, welche wir der nicht eingetragenen Prioritätseinräumung zuschreiben, will Paris („Die Lehre von der Prioritätsabtretung nach deutschem Hypothekenrecht") auch der eingetragenen nur zugestehen. Für ihn ist die Unübertragbarkeit des Vorranges ein unumstößliches Axiom, an dem er alle Theorieen scheitern läßt, die von der rein obligatorischen Auffassung des Rechtsverhältnisses auch nur im geringsten abweichen. Da dies Hindernis für uns beseitigt ist, können wir ein näheres Eingehen auf die Konstruktion von

Paris uns ersparen, wenngleich bei ihm die hier vorhandenen Gegensätze mit großer Klarheit und eindringlicher Lebhaftigkeit zur Darstellung gelangen. Paris ist übrigens selbst von dem Ergebnis seiner Untersuchung nicht befriedigt, das er als dem praktischen Bedürfnis nicht genügend bezeichnet. Er hält die Dernburgsche Konstruktion, die Unterscheidung zwischen eingetragener und nicht eingetragener Prioritätseinräumung, für die de lege ferenda einzig empfehlenswerte, da sie den Interessen aller Beteiligten in der erforderlichen Weise Rechnung trage. Wir haben nachgewiesen, daß dieser Konstruktion im gemeinen Rechte keinerlei Hindernis im Wege steht.

Auch das Reichsgericht hat sich mit den preußischen Vorschriften über die Vorrechtseinräumung beschäftigt (Entscheidungen Bd. VI S. 307 ff.). Es stellt sich hier auf den Standpunkt, daß durch Realisierung der Vorrechtseinräumung die Hypothek des Cedenten getilgt werde. „Die Abtretung des Vorzugsrechtes kann (allerdings) nur als Abtretung des dem zurücktretenden Hypothekenrechte beiwohnenden Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfande aufgefaßt werden. Die Ausübung dieses Rechtes kann aber nur so geschehen, daß der Cessionar dasselbe an Stelle des Cedenten auf Grund und nach dem Umfange der Hypothek und Forderung desselben für sich und zur Befriedigung seiner eigenen Forderung in Anspruch nimmt und dem Cedenten überläßt, seine Befriedigung nach ihm an bereiter Stelle der Rangordnung zu entnehmen. Da nun aber das prioritätische Befriedigungsrecht der wesentliche Inhalt des prioritätischen Hypothekenrechtes des Cedenten ist, und letzteres mit der Befriedigung aus dem Grundstücke behoben wird, so wird auch durch die Ausübung jenes Rechtes die prioritätische Hypothek realisiert und löschungsfähig. Der Cedent kann dasselbe nicht mehr ausüben; das ihm verbleibende Hypothekenrecht ist dem Range, dem Umfange und der Wirkung nach ein anderes, verändertes, es hat den Rang gewechselt und sich infolge dessen mit anderen Eigenschaften bekleidet."

Diese Begründung ist entschieden verfehlt. Es liegt ihr die Anschauung zu Grunde, daß der Vorrang nicht von dem Pfandrechte losgelöst und auf ein anderes Pfandrecht übertragen werden könne; denn darin allein kann der vom Reichsgerichte aufgestellte Satz seine Rechtfertigung finden, daß die Ausübung des prioritätischen Befriedigungsrechts durch den Cessionar nur an Stelle des Cedenten auf Grund und nach dem Umfange der Hypothek und Forderung

desselben geschehen könne. Dem Cedenten, dessen Pfandrecht durch die Realisierung der Prioritätseinräumung behoben und löschungsfähig geworden, soll ein Hypothekenrecht verbleiben, das dem Range, dem Umfange und der Wirkung nach ein anderes, verändertes ist, „es" (welches?) habe den Rang gewechselt und sich infolgedessen mit anderen Eigenschaften bekleidet. Wenn nach Untergang seines eigenen Pfandrechts und seiner eigenen Forderung dem Cedenten trotzdem noch ein anderes Hypothekenrecht verbleiben soll, so kann es nur dasjenige des Cessionars sein, das ja nach der Ansicht des Reichsgerichts unausgeübt geblieben ist. Danach faßt das Reichsgericht die Prioritätseinräumung als eine wechselseitige Cession der Forderungen und ihrer Pfandrechte auf, ein Ergebnis, mit dem wir uns ebensowenig einverstanden erklären können, wie mit seiner Voraussetzung, der angeblichen Unübertragbarkeit des Ranges. Die Konstruktion des Reichsgerichts für das preußische Recht deckt sich mit derjenigen, die Dernburg für das gemeine Recht aufgestellt hat. Wir können ihr hier aus denselben Gründen nicht beitreten, welche wir dort (oben S. 30) geltend gemacht haben.

Der neueste Bearbeiter der Prioritätsabtretung nach preußischem Recht, Dr. W. Schöller (Die Vorrechtseinräumung nach heutigem preußischen Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses derselben auf das geringste Gebot im Zwangsversteigerungsverfahren, Düsseldorf 1894), gelangt S. 83 zu folgender Definition der Vorrechtseinräumung: „Die Vorrechtseinräumung ist ein einseitiger dinglicher Vertrag, Inhalts dessen ein voreingetragener Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger zu Gunsten eines nacheingetragenen ebensolchen Gläubigers auf seine bevorrechtigte Rangstellung verzichtet, und welcher zu seiner Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung ins Grundbuch bedarf. Dieser Verzicht bewirkt das Vorrücken des Nachmannes und nur dieses in die bisher von dem Verzichtenden eingenommene Rechtsstellung und ein entsprechendes Zurücktreten des letzteren. Unter unmittelbar hinter einander folgenden Posten bewirkt derselbe hiernach einen vollkommenen Rangwechsel und das Entstehen einer neuen Rangordnung. Findet er dagegen zu Gunsten eines nicht unmittelbar nacheingetragenen Gläubigers statt, so entsteht, da die Vorrechtseinräumung die Rechte der Zwischenposten nicht verändert, so lange letztere bestehen, ein relatives Rangverhältnis, demzufolge der Prioritätscessionar ein durch den Betrag der

zurückgetretenen Post begrenztes und durch den Wegfall derselben resolutiv bedingtes Vorrecht vor den Zwischenposten erlangt und der Prioritätscedent, so lange die vorgetretene Post besteht, hinter diese und, so weit erforderlich, auch hinter die Zwischenposten im Range zurücktritt."

Die ohne Mitwirkung des Eigentümers vollzogene Vorrechtseinräumung bindet diesen, mit Bezug auf sein Recht, die zurückgetretene Post durch Tilgung als Eigentümerhypothek zu erwerben, nicht. Mit diesen Sätzen können wir uns im allgemeinen einverstanden erklären. Schöller weicht nur insofern von unserer Auffassung ab, als er beim Vorhandensein von Zwischengläubigern das Vorrecht des Cessionars durch das Fortbestehen der Hypothek des Cedenten resolutiv, nicht suspensiv bedingt sein läßt. Wir halten dem gegenüber an unserer Auffassung aus den oben S. 20 angegebenen Gründen fest.

Das österreichische Recht kennt auch nur die allgemeine Bestimmung (§ 30 des Grundbuchgesetzes vom 25. Juli 1871), daß der Hypothekengläubiger einer gleichzeitig oder später eingetragenen Hypothekenforderung den Vorrang einräumen darf, daß aber Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger dadurch nicht berührt werden. Hier hat den Anstoß zur Untersuchung des Wesens der Prioritätseinräumung ein kleiner Aufsatz von v. David (in der Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung, Jahrgang 1877 Nr. 98) gegeben. Er unterscheidet die Vorrangeinräumung im engern Sinne, wenn die beiden Hypothekengläubiger unmittelbar auf einander folgen, von der eigentlichen Rangabtretung, bei welcher Zwischengläubiger vorhanden sind. In beiden Fällen nimmt er direkten Rangwechsel an, so daß seine Unterscheidung jener beiden Fälle, für welche er auch verschiedene Namen einführt, überflüssig erscheint. Die Unübertragbarkeit des Ranges erkennt er nicht an, der Cedent tritt an die Stelle des Cessionars und umgekehrt, so daß dort die Forderung des Cedenten, und an dessen ursprünglicher Stelle die Forderung des Cessionars direkt zur Befriedigung gelangt. Die Prioritätseinräumung hat also hiernach dingliche Wirksamkeit. Ihre Rechtsbeständigkeit hängt jedoch von der Fortdauer der beiden Hypothekenrechte bis zum Zeitpunkt der Kollision ab.

Ungleich eingehender beschäftigt sich mit unserem Rechtsgebilde Exner in seinem Österreich. Hypothekenrecht § 64 S. 481 ff. Er

will möglichst allen entgegenstehenden Interessen gerecht werden und kommt daher zu einer Art Vermittlungsversuch, den er sehr geschickt vorzutragen versteht. Er neigt sich zunächst, wegen des bei dinglicher Wirksamkeit angeblich unvermeidlichen Rückschlages auf die Interessen der Zwischengläubiger, der Ansicht zu, daß die Vorrangseinräumung eine bloß relativ wirkende rechtliche Veränderung erzeuge. Die Verkehrsansicht erwarte, meint er, daß das zwischen den beiden Hypothekengläubigern allein abgemachte Geschäft nicht nur die Rechte, sondern die gesamte Lage der übrigen Realberechtigten dergestalt unversehrt lasse, daß für sie Wirkungen jenes Geschäfts überhaupt nicht fühlbar werden. Alles dränge zu einer solchen Auffassung der rechtlichen Natur des besprochenen Geschäfts, welche dessen gesamte Wirkungen (nicht bloß die rechtlichen, sondern auch die bloß wirtschaftlichen) auf die handelnden Personen und ihre Rechtsnachfolger beschränkt, also keineswegs eine Veränderung der Rangordnung als solcher, sondern nur eine Relation zwischen einzelnen Hypothekaren, betreffend ihren wechselseitigen Rang, als Inhalt hinstellt. Um diesen Forderungen gerecht zu werden, versucht Exner folgende Konstruktion: Die Einräumung des Vorranges an einen Nachhypothekar verändert den objektiven Bestand der bücherlichen Rangreihe nicht, aber sie verpflichtet den zurücktretenden Hypothekar, den seiner Hypothek an sich — und Dritten gegenüber fortwährend wirksam — zustehenden Rang gegen jenen bestimmten Nachhypothekar nicht zur Geltung zu bringen. Er ist durch den Inhalt seines Abkommens mit dem Prioritätscessionar weder verpflichtet, seiner Zeit seine Hypothek unausgeübt zu lassen (um diesen etwa nachrücken zu machen), noch umgekehrt verpflichtet, dieselbe auszuüben und dadurch seine persönliche Forderung zu konsumieren (um etwa den Erlös dem Prioritätscessionar zur Verfügung zu stellen), sondern er hat — unter Wahrung der vollen Freiheit, mit seiner Hypothek übrigens zu verfahren, wie ihm gut dünkt — nur darauf verzichtet, die Hypothek seines Mitkontrahenten vermöge des seiner eigenen Hypothek zukommenden Vorrangs bei einer künftigen Konkurrenz auf den Kaufschilling zurückzudrängen. — Daß von diesem Standpunkte aus Exner die Theorie einer wechselseitigen Cession der beiden Pfandforderungen oder auch nur der beiden Pfandrechte ohne die unterliegenden Forderungen nicht acceptieren kann, versteht sich von selbst. Er will das vorliegende Verkehrsgebilde als ein Geschäft sui generis auffassen, anderen bekannten Typen höchstens

ähnlich, aber unter keinen derselben glattweg unterzubringen. Auch mit der Afterverpfändung habe die Vorrangseinräumung nichts gemein, weil nach dem Inhalt des Parteiwillens ein bloßes Gewährenlassen auf der einen Seite, keineswegs aber eine rechtliche Verfügungsgewalt des einen über die Hypothek des andern beabsichtigt sei. Eher stimmen würde die Vergleichung mit bloßen Dispositionsbeschränkungen (z. B. Veräußerungsverboten) ihres rein negativen Inhalts wegen, weil auch dort ein Stück aus dem Inhalt des Hypothekenrechts gelähmt erscheine, ohne fremder Verfügung unterworfen zu sein. Der Cedent verzichte nicht auf den geringsten Teil seines Rechtes selbst, noch auch übertrage er etwas davon, sondern er erzeuge ein Forderungsrecht gegen sich, des Inhalts, daß eben eintretenden Falles die präjudizierliche Verfolgung seines Pfandrechts ihm von diesem Gegner verwehrt werden könne. Allen anderen Personen gegenüber bewähre sich seine Hypothek in ungeschwächter Kraft. Und ebenso erzeuge die Prioritätseinräumung auf der anderen Seite, beim Promissar, keine dingliche Novation; dessen Hypothek bleibe nach Gegenstand, Umfang und Rang dieselbe, aber er habe neben ihr ein Forderungsrecht des soeben bezeichneten Inhalts, so lange jene andere Hypothek und sein diesbezügliches Vertragsverhältnis aufrecht bleibe. — Exner faßt alle diese Ausführungen schließlich zu folgender Formulierung zusammen:

„Die Prioritätsnachstehung ist ein obligatorischer Vertrag, welcher den Promittenden verpflichtet, den Vorrang seiner Hypothek gegenüber der Hypothek des Promissars bei der künftigen Pfandexekution nicht geltend zu machen. Dieser relative Verzicht (nach Art eines pactum de non petendo in personam) kann zu Lasten der Hypothek des Promittenten im Grundbuche eingetragen werden und bildet alsdann, mit der Rechtskraft bücherlicher Verfügung ausgestattet, eine rechtliche Beschränkung dieses Hypothekarrechtes zu Gunsten der Hypothek des Promissars; ihrem Inhalt nach bewirkt die Verfügung für den jeweiligen Inhaber der letzteren Hypothek im Exekutionsfall das Freiwerden der sonst dem Inhaber der ersteren zufallenden Erlösportion, — vorher aber weder eine Vorrückung in dessen Rangstelle, noch ein Verfügungsrecht über dessen Pfandrecht, und für dritte Hypothekare auf dasselbe Pfandgut weder früher noch später irgend welche Veränderung ihrer rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage."

Was wir hier gegen Exner einwenden könnten, haben wir bereits oben Seite 35 f. gegen die Entscheidung des Reichsgerichts vorgebracht.

Wir ziehen es vor, eine Autorität wie Exner mit zwei anderen Autoritäten zu bekämpfen, um die Unhaltbarkeit seiner scheinbar so überzeugenden Theorie nachzuweisen. Strohal in seiner bereits citierten Schrift über die Prioritätsabtretung (S. 20 ff.) betont ihr gegenüber zunächst, daß in Wirklichkeit nicht Nichtausübung der Hypothek des Cedenten durch diesen vorliege, daß vielmehr derselbe im Gegenteil seine Forderung ausübe unter gleichzeitiger Überweisung des Anspruchs auf den Erlös an den Cessionar; denn sonst könnte letzterer nicht in den Besitz dieses Erlöses gelangen. Damit opfere aber der Cedent seinen persönlichen Anspruch gegen den Schuldner auf, eine Folge, welche Exner gerade vermeiden wollte. Und Küntzel (a. a. O. S. 85 ff.) wendet im Anschluß an diese Bemerkungen Strohals gegen die Exnersche Theorie weiter ein: „Wie der Pfandanspruch des C. (Cessionars) sich Exners richtiger Ansicht nach „auf den ganzen Erlös des Pfandgutes, sofern derselbe nicht durch bessere Rechte in Anspruch genommen wird", erstreckt, so muß dasselbe auch von der Hypothek des B. (Zwischengläubigers) gelten. Die bloße Existenz eines vorstehenden Pfandrechts genügt also nicht, um B. von dem nach der grundbuchmäßigen Rangordnung auf A. (Cedent) fallenden Erlösteil „zurückzudrängen"; zu diesem Zwecke muß er nach Exners eigener Lehre auch von A., dem er „verfangen" ist, oder kraft eines von A. abgeleiteten Rechtes von C. beansprucht werden. Hat sich aber A. dem C. gegenüber nur dazu verpflichtet, seinen Rang ihm gegenüber nicht zur Geltung zu bringen, so ist auf C. kein Recht zum Verdrängen des B. übergegangen, und es hängt von dem freien Willen des A. ab, ob er durch Geltendmachung seines Ranges den dem C. freigegebenen Erlösteil den Pfandansprüchen des B. entziehen will oder nicht."

Diese Erwägungen sind beweiskräftig. Entweder man nimmt obligatorische Wirksamkeit der Prioritätseinräumung an und acceptiert dann die zur Realisierung derselben unumgängliche Konsumtion der Pfandforderung des Cedenten nebst deren Sicherungsmitteln, oder man entscheidet sich für die dingliche Wirksamkeit und konstruiert die Prioritätseinräumung als gegenseitigen Stellenwechsel — ein Drittes giebt es nicht. Der Exnersche Vermittlungsversuch geht fehl, weil er den Parteien nicht diejenige Rechtsstellung verschafft, welche Exner ihnen gewähren will.

Strohals eigene Beurteilung der Prioritätseinräumung verschließt

sich dieser zwingenden Alternative nicht. Da er einsieht (S. 28), daß dem praktischen Bedürfnis mit einer nur obligatorisch wirkenden Prioritätsabtretung nicht genügt wird, hält er die Notwendigkeit einer sachenrechtlichen Konstruktion damit für gegeben. Er unterscheidet gleich v. David zwischen Vorrangseinräumung zu Gunsten des unmittelbaren Nachhypothekars und derjenigen zu Gunsten eines entfernteren Hypothekengläubigers. Im ersteren Falle soll die Wirkung des Rechtsgeschäftes nur darin bestehen, daß die Ersthypothek zum Nachteile des Cessionars und seiner Rechtsnachfolger nicht mehr geltend gemacht werden könne; mit dieser Auslegung könne man sich, meint Strohal, begnügen, weil die stärkere Wirkung, die Annahme eines Stellentausches, bei diesem einfacheren Sachverhalt nicht erforderlich sei; man erreiche auch ohne sie, was die Parteien erstrebten. Ein juristisch-technisches Hindernis stehe jedoch der stärkeren Wirkung durchaus nicht entgegen (S. 44). Im zweiten Falle, wenn also Zwischengläubiger vorhanden sind, hält er eine wahre, d. h. unmittelbare Rechtsübertragung für vorliegend (S. 71 ff.), und zwar eine Übertragung nicht des hypothekarischen Rechts, sondern des Ranges der dem Cedenten zustehenden Hypothek.

Auf eine gründliche Kritik der Strohalschen Monographie hat sich Krasnopolski (in Grünhuts Zeitschrift Bd. VIII S. 458 ff.) eingelassen. Er beurteilt die hier erörterten Fragen hauptsächlich vom Standpunkte der österreichischen Gesetze und gelangt bei Aufstellung seiner eigenen Ansicht zu Ergebnissen, welche sich vollständig mit unserer Theorie decken. Seine Ausführungen beruhen zwar, wie bemerkt, auf dem österreichischen Recht, aber für die Grundzüge unseres Rechtsgebildes kommen nur Begriffe in Betracht, welche dem modernen Hypothekenrecht fast überall in derselben Bedeutung eigentümlich sind. Namentlich sind es die Begriffe des Ranges und der Eintragung, von denen Krasnopolski ausgeht; beiden kommt im österreichischen Rechte keine besondere, von der hier entwickelten abweichende Bedeutung zu. In Abschnitt IV seines Aufsatzes führt er aus, daß an sich die mehreren Hypotheken unter einander nichts voreinander voraushaben, ihr Rang hat nur Bedeutung für den Zeitpunkt der Verteilung des Erlöses nach durchgeführtem Exekutionsverfahren. Dem zufolge kann die Prioritätseinräumung begrifflich keinen anderen Inhalt haben, und kann auch der Prioritätscessionar durch dieselbe nichts anderes erwerben und erwerben wollen, als was die

Hypothekarforderung des Prioritätscedenten voraus hatte, nämlich die Möglichkeit, daß jener Teil des Erlöses aus dem Pfandobjekte, der der Befriedigung der Hypothekarforderung des Prioritätscedenten dienen sollte, zur Befriedigung seiner Forderung verwendet werde. Da aber der Prioritätscedent auf seine Hypothek nicht verzichtet, so liegt in der Vorrangseinräumung außerdem noch die Erklärung desselben, mit seiner Hypothekenforderung erst nach der Forderung des Prioritätscessionars zur Befriedigung aus dem Erlöse des Pfandobjekts gelangen zu wollen (S. 484). — Im Abschnitt V wird dann die Frage erörtert, wie der von den Parteien beabsichtigte Rechtserfolg herbeigeführt werde. Er unterscheidet hier zwischen eingetragener und nicht eingetragener Prioritätseinräumung. Letztere darf der Richter, auch wenn sie vor ihm erklärt und nachgewiesen wird, nicht berücksichtigen, für ihn ist ausschließlich der Inhalt des Grundbuches maßgebend. Sie kann nur zwischen den Personen, nicht aber zwischen ihren Hypothekenforderungen Rechtsverhältnisse begründen. Der Cedent ist dann nicht zu bloß passivem Verhalten, zur Nichtgeltendmachung seines Vorranges, sondern zu einem Thun, einem facere verpflichtet, er muß seine Forderung ausüben und, soweit seine Verpflichtung reicht, ihren Betrag dem Cessionar überweisen. Die Eintragung der Prioritätseinräumung macht das Verhältnis zwischen den Hypothekargläubigern zu einem Verhältnis zwischen den Hypotheken, mit der Wirkung, daß nunmehr der Verteilungsrichter dieses Verhältnis bei der Verteilung des Erlöses von Amts wegen berücksichtigen muß. Der Prioritätscessionar hat nun dasjenige, was ihm die Vorrangseinräumung verschaffen sollte. In diesem Sinne allein kann von einer dinglichen Wirkung der Prioritätsabtretung gesprochen, darf die, aber nur die im öffentlichen Buche eingetragene Prioritätsabtretung eine dingliche Disposition genannt werden — dinglich in dem Sinne, in welchem jede Verfügung, die nicht ein Sollen erzeugt, sondern ein Haben dem anderen Teile sofort verschafft, eine dingliche Disposition genannt werden muß. Aus dem öffentlichen Buche hat der Verteilungsrichter zu entnehmen, daß ein in der Rangordnung vorgehender Gläubiger eingewilligt hat, daß eine ihm nachstehende Forderung vor seiner Hypothekarforderung zur Befriedigung aus dem Pfandobjekte gelange; so, wenn Cedent und Cessionar unmittelbar aufeinander folgen. Sind aber Zwischengläubiger vorhanden, so kann die Prioritätseinräumung diesen Inhalt allein nicht haben; denn

alsdann käme sie zuerst den Zwischengläubigern zu gute. In diesem Falle muß ihr die Bedeutung beigelegt werden, daß zur Befriedigung der Forderung des Cessionars derjenige Teil des Erlöses aus dem Pfandobjekt zu verwenden ist, der zur Befriedigung der in der Rangordnung zurücktretenden Pfandforderung zu verwenden wäre und daß die letztere erst nach der ersteren zur Befriedigung gelange, mit anderen Worten, daß zwischen den Hypotheken, soweit sie sich decken, die Relation hergestellt werde, wie wenn die später eingetragene Hypothekarforderung stände an der Stelle der früher eingetragenen und daß die letztere überhaupt erst nach der ersteren zur Befriedigung komme . . .

Hierzu wollen wir nur bemerken, daß wir für diese doppelte Konstruktion der Prioritätseinräumung, je nachdem Zwischengläubiger vorhanden sind oder nicht, keinen zwingenden Grund erkennen können, ebenso wenig wie uns die Strohalsche Unterscheidung in dem einen oder dem anderen Falle (vgl. oben S. 49) geboten erschien. Wenn es möglich ist, die Bedeutung der Prioritätseinräumung einheitlich zu bestimmen, so sollte man es thun. Es ist nicht einzusehen, warum die von Krasnopolski im zweiten Falle angenommene Wirkung und Bedeutung der Prioritätseinräumung nicht auch im ersten Falle, wenn die Forderungen des Cedenten und des Cessionars unmittelbar hinter einander im Grundbuche eingetragen sind, Platz greifen soll.

Endlich erörtert Krasnopolski noch die Frage, ob die Eintragung definitive oder relative, durch den Fortbestand beider Hypothekenforderungen im Zeitpunkte der Verteilung des Pfanderlöses bedingte Wirksamkeit hat. Streitig ist diese Frage nur für den Fall der Löschung der Forderung des Cedenten. Er untersucht hier speciell das österreichische Recht und kommt (S. 503) zu dem Schluß, daß, wer den Vorrang „vor seiner Hypothekarforderung" einräumt, damit nur eine Beziehung zu seiner Forderung begründe, etwas einräume, was zu seinem Bestande und zu seiner Fortdauer notwendig den Bestand beider Forderungen voraussetze, daher hinfällig werden müsse, sobald die eine oder die andere Forderung erlischt.

Krasnopolskis Standpunkt ist somit auch der unsrige. Wir halten die Prioritätseinräumung für ein notwendig bedingtes und zwar suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft, welches ohne Eintragung in das Grundbuch nur den Cedenten verpflichtet, den Erlös seiner Forderung zur Befriedigung des Cessionars zu verwenden, bei erfolgter Eintragung dagegen dem Cessionar ein dingliches Recht auf direkte

Befriedigung aus dem Pfandobjekte an der dem Cedenten zukommenden Stelle verleiht und letzteren an die Stelle des Cessionars zurückdrängt.

§ 4. Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Der erste Entwurf des B. G. B. bestimmte in § 841, daß die Rangordnung der Hypotheken nachträglich geändert werden könne. Hierzu sollte ein Vertrag, welcher von dem Eigentümer des Grundstücks und denjenigen Berechtigten, für deren Rechte der Rang geändert werden sollte, sowie den zwischen denselben stehenden Berechtigten zu schließen wäre, und Eintragung in das Grundbuch erforderlich sein, was die Motive (Bd. III zu § 841) wie folgt zu rechtfertigen suchten: Die Einwilligung des Eigentümers sei deswegen erforderlich, weil, wenn die Beteiligten die bisherige Rangordnung durch eine neue ersetzen wollen, ihr Wille nur in der Löschungsbewilligung der Berechtigten und der Wiedereintragungsbewilligung des Eigentümers sich wirksam bethätigen könne, die Neubegründung der Rechte aber nur mittels dinglichen Vertrages zwischen dem Eigentümer und den wieder einzutragenden Berechtigten sich vollziehen könne. Die Verweisung der Beteiligten auf diesen Weg werde zwar von dem Entwurf abgelehnt, aber doch nur, um denselben das Geschäft durch eine einfachere Form zu erleichtern, keineswegs in der Absicht, eine Änderung der Rangordnung ohne Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Eigentümers und der Zwischenberechtigten zuzulassen. Diese Interessen würden im hohen Grade gefährdet werden, wenn der Vertrag nur von denjenigen geschlossen zu werden brauchte, deren Rechte ihren Rang vertauschen sollen. Jede Rangveränderung verändere zugleich die Rechtsstellung des Eigentümers und könne für denselben in verschiedener Hinsicht von erheblicher Bedeutung sein. Sie ändere aber auch, wenn jene Rechte nicht unmittelbar hinter einander eingetragen stehen, das Rangverhältnis der zwischen ihnen eingetragenen Rechte. Das Interesse der Zwischenberechtigten erhelle ohne weiteres daraus, daß das zurücktretende Recht möglicher Weise von denselben mit Erfolg bekämpft werden könnte, während das vortretende Recht einem solchen Angriffe nicht ausgesetzt sei. Deshalb müsse die Wirksamkeit des zu einer Änderung der Rangordnung erforderlichen Vertrages davon abhängig gemacht werden,

daß derselbe von dem Eigentümer und den etwaigen Zwischenberechtigten mit abgeschlossen werde.

Die Revision des ersten Entwurfs ist jedoch auch an den Bestimmungen des § 841 nicht spurlos vorübergegangen. Der § 880 des dem Reichstage zur Beschlußfassung vorgelegten Entwurfs läßt das Erfordernis der Zustimmung der Zwischengläubiger fallen, hält dagegen die Mitwirkung des Eigentümers in den meisten Fällen aufrecht, nämlich dann, wenn eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld zurücktreten soll. (Der Entwurf faßt nicht nur Rangveränderungen innerhalb derselben Abteilung des Grundbuches, sondern auch zwischen Rechten, die in verschiedenen Abteilungen eingetragen sind, ins Auge.) Auch die Eintragung der Vorrangseinräumung in das Grundbuch wird beibehalten. Völlig neu dagegen ist die Bestimmung des vierten Absatzes, welche lautet: „Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird." Hinsichtlich der Zwischengläubiger heißt es im Absatz 5, daß ihre Rechte durch die Rangänderung nicht berührt werden.

Die dem Entwurfe II beigegebene Denkschrift bemerkt zunächst zu der den Eigentümer betreffenden Bestimmung (S. 117): „Der Eigentümer des Grundstücks wird durch die Rangänderung an sich nicht beeinträchtigt. Die Möglichkeit einer Schädigung ergiebt sich jedoch für ihn dann, wenn eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten soll, da nach dem Entwurf, falls das Recht des Gläubigers, sei es durch dessen Befriedigung, sei es in anderer Weise, erlischt, regelmäßig der Eigentümer das Recht erwirbt." — Wir haben bereits früher (oben S. 33 f.) betont, daß das Erfordernis der Einwilligung des Schuldners manches für sich hat, da in der That seine Interessen geschädigt werden können, wenn z. B. ein Hypothekengläubiger, dessen Ausfall bei der Subhastation gewiß war, durch die Vorrangseinräumung seitens eines vorstehenden Gläubigers zur Befriedigung gelangt und letzterer sich dann aus einem anderen Vermögensobjekte des Schuldners bezahlt macht. Was freilich hier den Ausschlag zu geben hätte: das Recht des Gläubigers auf Befriedigung, oder das Recht des Schuldners auf Nichtbefriedigung des Gläubigers bei Unzulänglichkeit des Pfandobjektes, darüber können die Meinungen auseinander gehen. Daß man sich im Bürgerlichen Gesetzbuche für das letztere entschieden und deshalb dem Eigentümer ein

Widerspruchsrecht gegen Rangveränderungen gegeben hat, kann bei der heute auf möglichste Befestigung der Position des Grundbesitzers gegenüber den Realberechtigten gerichteten Tendenz in der Gesetzgebung nicht wunder nehmen. Über die Wirkung der Rangänderung bemerkt die Denkschrift dann weiter: „Die Rangänderung muß für den vortretenden Berechtigten eine von der Verfügung des Zurücktretenden unabhängige, auch Dritten gegenüber wirksame Rechtsstellung begründen. Eine bloß persönliche Verpflichtung des zurücktretenden Berechtigten gegenüber dem Vortretenden würde, wie die Erfahrung gezeigt hat, den Bedürfnissen des Verkehrs nicht genügen. Dem Grundsatze, daß die Rangänderung dem vortretenden Berechtigten eine dinglich gesicherte Stellung gewährt, giebt der Entwurf durch die Vorschrift des § 864 Abs. 4 Ausdruck, wonach der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang nicht verloren geht, wenn das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird. Andererseits ergiebt sich aus dieser Vorschrift, daß der durch die Rangänderung begründete Vorrang von dem Schicksale des zurücktretenden Rechts insofern abhängig bleibt, als eine nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Aufhebung des zurücktretenden Rechts die Einräumung des Vorranges gegenstandslos macht; dies ist z. B. der Fall, wenn der Vorrang vor einem Nießbrauch eingeräumt und der Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers beendigt wird."

Die Übertragbarkeit des Ranges wird hier also unbedenklich zugegeben und dem Cessionar eine dingliche Rechtsstellung eingeräumt. Daß aber das ihm übertragene Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor dem Cedenten dessen Recht überdauern soll, sofern dieses durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird, ist eine Neuerung, die der juristischen Konsequenz entschieden widerspricht. Nach unserer Ansicht soll das Pfandrecht des Cedenten durch ein von ihm herbeigeführtes Rechtsgeschäft nach der Prioritätseinräumung überhaupt nicht mehr erlöschen können, da seine Verfügungsfreiheit jetzt nur noch eine begrenzte ist, das dem Cessionar eingeräumte Recht nicht wieder illusorisch machen darf. Wird dieser Standpunkt jedoch nicht anerkannt, dann muß man mit dem Untergang der zurücktretenden Forderung auch die Prioritätseinräumung hinfällig werden lassen, da niemand eine fremde Sache über das Maß und die Dauer seines eigenen Rechtes an derselben obligieren kann. Nicht danach darf unterschieden werden, ob das Pfandrecht des Cedenten durch Rechtsgeschäft oder nicht durch

Rechtsgeschäft untergegangen ist, sondern danach, ob der Cedent den Untergang herbeigeführt hat, oder ob der Cedent den Untergang nicht verhindern konnte. In den beiden von uns bereits erwähnten Fällen, wenn der Eigentümer den Cedenten auszahlt und wenn ein Nachhypothekar von seinem ius offerendi Gebrauch macht, liegen zweifellos Rechtsgeschäfte vor, aber Rechtsgeschäfte, denen der Cedent nicht ausweichen kann. Dann muß die Prioritätseinräumung hinfällig werden. Aber der Cedent darf nicht selbst außerhalb des Subhastationsverfahrens seine Befriedigung vor dem Cessionar herbeizuführen und dadurch die Prioritätseinräumung gegenstandslos zu machen suchen. Damit würde er sich geradezu einer dolosen Handlungsweise gegen seinen Mitkontrahenten, der ihn vielleicht für die Abtretung seiner Priorität noch besonders entschädigt hat, schuldig machen.

Was endlich die Zwischengläubiger anlangt, so bemerkt die Denkschrift zum Schluß: „Vermag eine Rangänderung die zwischenstehenden Rechte nicht zu beeinträchtigen, so darf sie andererseits ebensowenig dahin führen, jene Rechte in ihrer Stellung zu verbessern. Demgemäß muß, wenn das vortretende Recht später wegfällt, das zurücktretende Recht an der nunmehr freien Stelle dem zwischenstehenden Rechte gegenüber dieselbe Wirksamkeit äußern, wie wenn die Rangänderung nicht stattgefunden hätte." Hier ist also der Gesichtspunkt, von dem aus die Stellung der Zwischengläubiger betrachtet und beurteilt wird, gegenüber dem Entwurfe erster Lesung total verkehrt. Dort wurde eine Beeinträchtigung ihrer Interessen befürchtet und zu vermeiden gesucht; hier ist man darauf bedacht, sie aus der Prioritätseinräumung nicht einen Gewinn schöpfen zu lassen, der ihnen nicht zugedacht war. Da eine Benachteiligung der Zwischengläubiger durch den Rangwechsel in der That nicht verursacht wird, muß der Standpunkt des zweiten Entwurfs Billigung finden.

Daß durch diese dingliche Vorrangseinräumung des Entwurfs die nicht eingetragene, bloß obligatorisch wirksame Prioritätseinräumung außerhalb des Grundbuches nicht ausgeschlossen wird, versteht sich von selbst. Sie stellt einen rein obligatorischen Vertrag dar, dessen Rechtsgültigkeit gar keiner besonderen Anerkennung bedarf, der aber als solcher eben auch nicht in das Sachenrecht gehört.

An diesen Bestimmungen des zweiten Entwurfs hat der Reichstag nichts geändert, so daß sie zugleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche selbst Gesetzeskraft erhalten werden.

Litteraturangabe:

v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, S. 260, 262.
„ im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 75 S. 478, 483 ff.
Windscheid, Pandekten I, § 247.
Dernburg, Pfandrecht II, S. 475.
Paris, Die Lehre von der Prioritätsabtretung, S. 6, 64.
Vermehren, im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. XIII S. 36.
Schlayer, in dem Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 49 S. 236 ff. 232 ff.
Gesterding, Pfandrecht, S. 338 Nr. 4.
Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. XII S. 203 ff. Bd. VI S. 307 ff.
Exner, Österreichisches Hypothekenrecht, S. 488, § 64, S. 481 ff.
v. David, in der Österr. Gerichtszeitung 1877, Nr. 98.
Strohal, Monographie über die Prioritätsabtretung.
„ in Iherings Jahrbüchern, Bd. X S. 191, Bd. XXXI S. 280 ff.
Küntzel, in Gruchots Beiträgen, Bd. 26 S. 71
v. Bar, Hannoversches Hypothekenrecht, S. 112 f.
Albert Schnitzler, Prioritätscession nach gemeinem Recht. Inaugural-Dissertation, Göttingen 1889.
Regelsberger, Studien im bayrischen Hypothekenrecht, S. 51.
Römer, Württembergisches Unterpfandrecht, S. 240 f.
Preuß. Allgem. Landrecht.
Ober-Tribunal, Entsch. vom 1. Sept. 1838, Bd. 6. S. 359.
„ „ „ 11. Febr. 1870, Bd. 63 S. 189.
„ „ „ 5. Sept. 1873, Bd. 89 S. 191.
Koch, Kommentar zum Allg. Landrecht.
Eccius, in seiner Ausgabe von Försters „Theorie und Praxis des Preußischen Privatrechts", Bd. III S. 500.
Gruchots Beiträge „Zur Lehre von der Vorrechtseinräumung", Bd. 26 S. 68 ff.
Dernburg, Preußisches Privatrecht, I § 334.
Dr. W. Schöller, Die Vorrechts-Einräumung nach heutigem preußischen Grundbuchrecht ꝛc. Düsseldorf 1894, S. 83.
Allgemeine österr. Gerichtszeitung, Jahrgang 1877 Nr. 98.
Krasnopolski, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. VIII S. 458 ff.
Conrad, Die Prioritätsabtretung in ihrer Wirksamkeit auf Zwischenhypotheken. Wien 1881.
Nowak, Die Vorrangseinräumung. Wien 1881.
Ofner, in den jur. Blättern Nr. 22, Jahrgang 1881.